

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND

Eraõiguse osakond

Marite Vainola

**ERAÕIGUSLIK JURIIDILINE ISIK KUI AVALIKU SEKTORI HANKIJA
EUROOPA LIIDU JA EESTI RIIGIHANKE ÕIGUSES**

Magistritöö

Juhendaja
dr.iur. Mari Ann Simovart

Tallinn
2019

SISUKORD

SISSEJUHATUS	2
1. HANKIJA RAHASTAMISE KRITEERIUM.....	7
1.1 Rahastamise kriteeriumi olemus.....	7
1.2 Rahastuse ulatus	14
1.3 Rahastuse muutumine ajas	17
2. HANKIJA JUHTIMIS- JA JÄRELVALVEKRITEERIUM.....	21
2.1 Sõltuvus juhtorganitest	21
2.2 Sõltuvus järelvalveorganitest.....	22
3. HANKIJA ASUTAMISE EESMÄRGI KRITEERIUM.....	28
3.1 Avalik huvi RHS § 5 lg 2 p 5 tähenduses.....	28
3.1.1 Isik on asutatud eesmärgiga täita ülesannet avalikes huvides	33
3.1.2 Isik osutab teenust avalikes huvides	36
3.2 Asutatud eesmärgiga täita ülesannet põhi- või kõrvaltegevusena	38
3.3 Tööstusliku ja ärilise iseloomu puudumine	40
3.3.1 Kas eraõiguslik juriidiline isik tegutseb konkurentsitingimustes?	44
3.3.2 Kas eraõiguslik juriidiline isik tegutseb kasumi teenimise eesmärgil?	50
3.3.3 Kas eraõiguslik juriidiline isik kannab oma tegevusega seotud kahju?	53
KOKKUVÕTE	57
A BODY GOVERNED BY PUBLIC LAW AS A CONTRACTING AUTHORITY WITHIN EUROPEAN UNION AND ESTONIAN PUBLIC PROCUREMENT LAW	63
LÜHENDID	69
KASUTATUD ALLIKATE LOETELU	70
Kasutatud kirjandus	70
Kasutatud normatiivmaterjal	71
Kasutatud kohtupraktika.....	72
Muud allikad.....	73

SISSEJUHATUS

Eraõiguses kehtib lepinguvabaduse printsiip, mille kohaselt saavad isikud otsustada, kellega ja millistel tingimustel nad lepinguid sõlmivad. Riigihanke õigus piirab eraõiguslike juriidiliste isikute tegevusvabadust olulisel määral. Lepinguvabaduse piiramine riigihanke õiguses tuleneb vajadusest parandada avalikes huvides täidetavate ülesannete efektiivsust, vähendada avaliku võimu kulusid ning suurendada konkurentsi ja avada turgu laiemale hulgale isikutele. Veelgi enam, riigihanke õiguse ühetaoline kohaldumine tagab hankemenetluse osapoolte võrdse kohtlemise.

Riigihangete seadus¹ näeb ette kindla korra, millal eraõiguslik juriidiline isik saab osaleda riigihankemenetluses kui avaliku sektori hankija² ning hankemenetluse kaudu täita avaliku võimu kohustusi ja ülesandeid. Eraõigusliku juriidilise isiku mõiste on direktiivis 2014/24/EL³ sätestatud avalik-õiguslik isikuna.

Kuivõrd kaasaegne riik kasutab oma ülesannete täitmiseks paljusid institutsionaalseid vorme, raskendab see piiri tõmbamist avalik-õiguslike ja eraõiguslike asutuste vahel. Euroopa Liidu liikmesriikidel on olnud erinevad lähenemisviisid avaliku- ja eraõiguse eristamisel, kuid

¹ Riigihangete seadus - RT I, 13.03.2019. 145.

² (viide 1), § 5 lg 2 p 5.

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (edaspidi nimetatud direktiiv). – ELT 94, 28.03.2014, lk 65-242, art 2 lg 1 p 4.

Euroopa Liidu hankedirektiivid⁴ kohalduvad siiski kõikide liikmesriikide suhtes samamoodi.⁵ Euroopa Kohus on rõhutanud, et mõiste avalik-õiguslik isik⁶ omab ühist tähendust kõikides Euroopa Liidu liikmesriikides, olenemata riigisisest terminoloogiast. Avalik-õigusliku isiku mõiste eesmärk on hõlmata kõiki üksuseid, mis ei kuulu traditsioonilise riigi aparatuuri hulka, kuid siiski sõltuvad suuresti riigist.⁷ Siinkohal on oluline rõhutada, et tuleb eristada avalik-õiguslikku isikut (*a body governed by public law*), kes on asutatud eesmärgiga täita ülesandeid avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, muudest riigi äriühingutest (*public undertaking*), mis tegutsevad kasumi teenimise eesmärgil.⁸

Mõistel avalik-õiguslik isik ei ole Euroopa Liidu õiguses ühest definitsiooni. Selle tähendus on funktsionaalne, st sõltub sellest, kas isikul esinevad teatud omadused. Need omadused väljenduvad kindlate tingimustena, mis peavad olema täidetud, et isikut saaks käsitleda avalik-

⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-62; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (edaspidi nimetatud direktiiv). – ELT 94, 28.03.2014, lk 65-242; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihanked ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 243-374; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööd ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216, 20.08.2009, lk 76-136; Euroopa Nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. – ELT L 395, 30.12.1989, lk 33-35; Euroopa Nõukogu direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kohaldamise kohta. – ELT L 76, 23.03.1992, lk 14-20.

⁵ Euroopa Kohtu otsus C-283/00, *SIEPSA*, p 52.

⁶ RHS § 5 lg 2 p 5 sätestatud mõiste eraõiguslik juriidiline isik vastab direktiivi art 2 lg 1 p 4 tulenevale mõistele avalik-õiguslik isik (*a body governed by public law*).

⁷ S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An introduction, University of Nottingham, July 2010, lk 88. – arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public-procurement-law-an-introduction.aspx> (29.09.18)

⁸ (viide 5), p 54; S. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. Sweet&Maxwell 2005, lk 267-268; N. Parrest. Segadus mõistetes seoses avaliku võimu ülesannetega. *Juridica*, 10/2014, lk 735-736.

õigusliku isikuna. See lähenemisviis on sama, mida Euroopa Kohus kasutab avaliku sektori hankija määratlemisel.⁹

Avalik-õigusliku isiku hankijana määratlemise analüüs on üks riigihankeõiguse keerukamaid küsimusi. Määratluse eesmärgiks on teha kindlaks need isikud, kellel on oht ära kasutada eelistatud kohtlemist riigimajanduses. Keerukus tuleneb sellest, et kuigi seadus ütleb, millistest eeldustest lähtuvalt tuleks avalik-õiguslikku isikut hankijaks pidada, sisaldavad need eeldused määratlemata õigusmõisteid. Seega tuleb iga kord kehtestatud eelduseid juhtumipõhiselt analüüsida. Euroopa Liidu õiguse ühetaolise kohaldamise vajadusest ning võrdsusprintsibiist lähtudes tuleb hankedirektiivi üheselt ja järjekindlalt tõlgendada. Sellest lähtuvalt on Euroopa Kohus leidnud, et mõistetele tuleb anda autonoomne ja ühtne tõlgendus.¹⁰

Eesti asjaomases kohtupraktikas analüüsitakse peamiselt eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija ärilise eesmärgi ja avaliku huvi teenimise eristamist.¹¹ Kuigi sellise hankija rahastamise kriteerium võib tunduda selge ja lihtne, on siiski ka see osutunud keeruliseks. Nimelt peab eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija olema rahastatud seaduses sätestatud ulatuses ja viisil avaliku võimu poolt. Ent riigihangete seaduses ega direktiivis ei ole täpselt määratletud sellise isiku rahastamise tingimused, mis annab alust sätte väärade tõlgendamisele. Lisaks ei ole rahastus isikute puhul alati püsiv, mistõttu võivad hankija staatust mõjutada ka erinevad rahastamise viisid.¹²

Eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija määratlemine on oluline, et välja selgitada, kas isik on riigihangete seaduse kohustatud subjekt. Tegemist on teemaga, mida on siiani Eestis vähe analüüsitud.

⁹ Public Procurement Training for IPA Beneficiaries. Sigma. OECD, 2015, lk 6. – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.sigmaweb.org/publications/Module-D-%202015-clean.pdf> (02.03.2019)

¹⁰ Public Procurement Training for IPA Beneficiaries. Sigma. OECD, 2015, lk 6. – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.sigmaweb.org/publications/46189707.pdf> (02.03.2019)

¹¹ K. Härginen, V. Vaske, C. Ginter. Eraõigusliku juriidilise isiku hankijana määratlemine. – *Juridica* 4/2018, lk 234-235.

¹² A. Tvaronavičienė. The concept of contracting authority under public procurement law and problems of acquisition of such status in national law of the Republic of Lithuania. *European Scientific Journal*, May 2014, vol. 10. No. 14, lk 57-58 – arvutivõrgus: <https://eujournal.org/index.php/esj/article/viewFile/3391/3155> (10.11.2018); Euroopa Kohtu otsus C-380/98, *University of Cambridge*, p 40.

Käesolev magistritöö keskendub eraõiguslikust juriidilisest isikust avaliku sektori hankija määratlemisele Eesti riigihangete seaduse¹³ ja Euroopa Liidu õiguse tähenduses. Täpsemalt on töö eesmärgiks tuvastada, kes on RHS § 5 lg 2 punktis 5 sätestatud eraõiguslik juriidiline isik hankijana. Selleks selgitab autor magistritöös eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija kahte kumulatiivset tunnust:

- rahastamise ning juhtimis- ja järelvalvekriteeriumit;
- ning eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärgi kriteeriumit, st avaliku huvi ning tööstusliku ja ärilise iseloomu mõistete sisu.

Autorile kättesaadavatest allikatest on varasemalt antud teemat käsitlenud Sergei Volf magistritöös „Eraõiguslik juriidiline isik hankijana riigihangete seaduse tähenduses“¹⁴ ja K. Härginen, V. Vaske, C. Ginter Juridica artiklis „Eraõigusliku juriidilise isiku hankijana määratlemine“¹⁵.

Magistritöös kasutatakse peamise kirjandusallikana Sue Arrowsmith'i teost „EU Public Procurement Law: An introduction“¹⁶ ning Michael Steinicke ja Peter L. Vesterdorf'i raamatut „EU Public Procurement Law. Brussels Commentary“.¹⁷ Põhilisteks allikateks on Euroopa Kohtu ja riigisisene kohtupraktika, VAKO praktika, teadusartiklid ja Euroopa Parlamendi ja nõukogu hankedirektiivid, eelkõige direktiiv 2014/24EL¹⁸.

Allikad on kogutud andmekogumise meetodil ning tulemused on peale andmete võrdlemist, analüüsimist ja üldistamist esitatud teksti vormis.

Magistritöö on jaotatud kolme suuremasse peatükki, kus esimeses peatükis käsitletakse eraõigusliku juriidilise isiku kui hankija rahastamise kriteeriumit, teises juhtimise ja järelvalve kriteeriumit ning kolmandas peatükis eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärgi kriteeriumit.

¹³ (viide 1).

¹⁴ S. Volf. Eraõiguslik juriidiline isik hankijana riigihangete seaduse tähenduses. Magistritöö. Tartu Ülikool 2013.

¹⁵ Härginen/Vaske/Ginter, (viide 11), lk 234-235.

¹⁶ Arrowsmith, (viide 7).

¹⁷ M. Steinicke, P. L. Vesterdorf. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. C. H. Beck, Hart, Nomos 2018.

¹⁸ (viide 3).

Esimeses peatükis käsitletakse eraõigusliku juriidilise isiku avaliku sektori hankija poolset rahastuse olemust ja ulatust. Autor selgitab, mida tähendab põhilise rahastamise tingimus, millisel perioodil peab isik arvutama avaliku rahastuse ulatust ning millised maksed või toetused lähevad arvesse kui avaliku sektori hankija poolse rahastamisena.

Teises peatükis analüüsib autor eraõigusliku juriidilise isiku juhtimise ja järelvalve kriteeriumit. Autor uurib mõiste „valitsev mõju“ tähendust ning selgitab omadusi, mille kohaselt saab hinnata eraõigusliku juriidilise isiku sõltuvust avaliku sektori hankijast. Samuti tulevad käsitlusele tingimused, mis peavad olema täidetud eraõigusliku juriidilise isiku määratlemisel avaliku sektori hankijaks juhtimise ja järelvalve kriteeriumi alusel.

Kolmandas peatükis tuleb käsitlusele eraõigusliku juriidilise isiku kui hankija asutamise eesmärk. Autor analüüsib, mis tingimustel on eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärk teostada ülesandeid avalikes huvides täidetud, millal on selline avalik huvi tööstusliku ja ärilise eesmärgita, kas ja kui palju sõltub eraõigusliku juriidilise isiku avalikes huvides teostatava ülesande täitmine reaalistest konkurentsitingimustest, kasumi teenimisest ja äririski kandmisest.

Suured tänud juhendaja Mari Ann Simovartile märkuste, nõuannete ja juhendamise eest magistritöö kirjutamisel.

Magistritööd iseloomustavateks märksõnadeks on riigihanked, hankemenetlus, Euroopa Liidu õigus.

1. HANKIJA RAHASTAMISE KRITEERIUM

1.1 Rahastamise kriteeriumi olemus

RHS § 5 lg 2 p 5 lause esimene pool määratleb eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija kaks alternatiivset „vahetu sõltuvuse“ vormi avalikust võimust, st riigist, kohalikust omavalitsusest või teistest avalik-õiguslikest isikutest.¹⁹ Nimetatud sätte on üle võetud direktiivi artikkel 2 lg 1 punktist 4 c. Kuivõrd tegemist on alternatiivsete tingimustega, siis kriteeriumi täitmiseks piisab ühe tingimuse rahuldamisest.

Üheks selliseks alternatiiviks on avaliku sektori hankija poolse rahastamise olemasolu. Tegemist on kriteeriumiga, mis näitab tihedat seost avaliku võimu organiga, kuna võimaldab viimasel mõjutada rahastatava eraõigusliku juriidilise isiku otsuseid riigihankemenetluses.²⁰ Võttes arvesse konkurentsi ja läbipaistvuse eesmärgi, tuleb eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija mõistet tõlgendada laialt.²¹ Samas on kohtujurist Mengozzi arvamusel, et rahastamise kriteeriumit ei tohiks ülemäära laialt tõlgendada, kuna nii võetaks ära kasulik mõju ülejäänud kahelt kriteeriumilt.²² Kui avaliku sektori hankija rahastamine ei tekitaks sõltuvussuhet rahastatava isikuga, ei oleks sellise rahastamise nimetamine avalikuks rahastamiseks enam õigustatud hankedirektiivide raames.²³

Eraõigusliku juriidilise isiku mõiste võib muuhulgas hõlmata organisatsioone, kelle peamine eesmärk ei ole tulu teenimine, kes ei ole oma organisatsioonilise struktuuri poolest ettevõtjad, ning kes ei tegutse turul järjepidevalt.²⁴ Sellisteks isikuteks on näiteks mittetulundusühingud.

¹⁹ (viide 12), *University of Cambridge*, p 20, Euroopa Kohus C-526/11, *IVD vs Ärztekammer*, kohtujuristi P. Mengozzi ettepanek, p 37.

²⁰ Euroopa Kohus C-526/11, *IVD vs Ärztekammer*, p 20-21.

²¹ Euroopa Kohtu otsus C-373/00, *Adolf Truley*, p 43.

²² (viide 19), Mengozzi, p 38

²³ Euroopa Kohtu otsus C-380/98, *University of Cambridge*, kohtujuristi Alber ettepanek, p 39.

²⁴ Euroopa Kohtu otsus C-305/08, *CoNISMa vs Regione Marche*, p 30.

Sihtasutuste seaduse²⁵ kohaselt on ka sihtasutused eraõiguslikud juriidilised isikud, kuid riigihangete seaduses kehtib neile erinorm²⁶. Seadusandja on leidnud, et kuigi hankedirektiivid võimaldaksid RHS § 5 lg 2 punkti 5 korra laiendamist ka sihtasutustele hankjana määratlemiseks, siis Eesti kontekstis ei ole see põhjendatud. Võrreldes mittetulundusühingutega, on sihtasutusi arvukamalt ning nende täidetavad funktsioonid on avalikule võimule olulisemad (muuseumid, teatrid, jne), seetõttu on nende asutuste poolt maksumaksja vahendite kasutamise õiguspärasuse suhtes kõrgendatud avalik huvi.²⁷

Avaliku sektori poolne rahastus võib olla nii otsene kui kaudne. Otsese rahastamise puhul tulenevad maksed otseselt näiteks riigieelarvest.²⁸ Kaudse rahastamise kohta direktiiv ei sisalda täpsustusi nende viiside kohta, kuidas kõnealust rahastamist tuleb teostada. Üldjuhul pärinevad kaudse rahastamise allikad mõnelt teiselt riigiasutuselt või avaliku sektori hankijalt.²⁹ Siiski ei saa eraõiguslikku juriidilist isikut avaliku sektori hankijaks nimetada pelgalt seetõttu, et tema rahastus pärineb avaliku võimu vahenditest. Vaja on hinnata rahastuse eesmärki ja ulatust ning teisi kehtestatud eelduseid.

Euroopa Kohus on selgitanud, et riikliku rahastamise tingimuse täitmiseks ei pea asjaomaste organisatsioonide tegevust otseselt rahastama riik või mõni teine avalik- õiguslik üksus. Seega rahastamise kriteeriumi täitmiseks on piisav ka mõni kaudse rahastamise viis.³⁰ Näiteks on kaudse rahastamisega tegemist juhul, kui arstide kutseliidule on seadusega antud õigus koguda oma liikmetelt liikmemaksu, mille suurus ei ole seaduses kindlaks määratud, kuid mille kogumise korra kehtestamiseks on nõutav riigi heakskiit.³¹

Selleks, et hinnata mõistet „rahastab riik“ või teised avalik-õiguslik isikud, peab tuginema Euroopa Liidu riigihangetealaste direktiivide eesmärgile sellisel viisil, nagu sellele on viidanud Euroopa Kohus oma praktikas.³² Eelkõige on riigihanketealaste direktiivide eesmärk vältida iga

²⁵ Sihtasutuste seadus – RT I, 09.05.2017,34, § 1 lg 1.

²⁶ (viide 1), § 5 lg 4.

²⁷ Riigihangete seaduse eelnõu 450 SE seletuskiri, lk 19.

²⁸ RKHKo 3-3-1-96-16, p 13.

²⁹ Euroopa Kohtu otsus C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, kohtujuristi D. R.-J. Colomer ettepanek p 50.

³⁰ (viide 19), Mengozzi ettepanek, p 40; Euroopa Kohtu otsus C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, p 52.

³¹ (viide 20).

³² (viide 30), *Bayerischer Rundfunk*, p 35.

riigihanke puhul ohtu, et hankija eelistab kodumaiseid pakkujaid ja kandidaate, aga ka võimalust, et riigi rahastatav või riigi kontrolli all olev organisatsioon, kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslikud isikud laseks ennast juhtida muudel kui majanduslikel kaalutlustel. Seega tuleb mõistet „hankija“, mis sisaldab mõistet „avalik-õiguslik isik“ ja mõistet „rahastab riik“, tõlgendada funktsionaalselt – see tähendab tema rakendamise vormilisest korrast sõltumatult ning nii, et see loob avaliku võimu organiga tiheda seose. Seejuures tuleb silmas pidada Euroopa Liidu hankemenetluse õiguse eesmärki kõrvaldada takistused, mis piiravad teenuste ja kaupade vaba liikumist ning avatust ausale ja võimalikult laiaulatuslikule konkurentsile liikmesriikides.³³ Muuhulgas on võimalikult suur konkurentsile avatus oluline hankija enda huvides, kellel on seeläbi laiem võimalus valida soodsaim ning asjaomase üldsuse vajadustele kõige paremini vastav pakkumus.³⁴

Eraõigusliku juriidilise isiku rahastamise tingimuse täitmiseks ei saa võtta arvesse kõiki avaliku võimu poolt teostatud makseid. Rahastamise mõiste tähendab rahaliste vahendite kandmist ilma konkreetse vastusooritusega, hõlmates vaid neid makseid (*a mere subsidy*), mis loovad või tugevdavad isiku alluvussuhet avaliku võimuga. Seega tuleb arvestada rahastamise eesmärgiga. Rahastamise kriteeriumi hindamisel on olulised need maksed ja toetused, millised on avalik võim juriidilisele isikule teinud selleks, et võimaldada tal täita oma tegevuse põhieesmärgi. Sellise rahastuse näiteks on ülikoolide puhul õpetamiseks ja teadustööde kirjutamiseks tehtud avaliku võimu maksed ja toetused.³⁵ Seda ka juhul, kui toetust ei saa otseselt ülikool ise, vaid toetuse saab teenuse osutajana tegutsev ülikooli liige.³⁶ Samuti liigituvad avaliku rahastamise alla need maksed, millel on sotsiaalne meede, näiteks toetused, mida kohalikud haridusasutused maksavad ülikoolidele üliõpilaste eest õppemaksu hüvitamiseks.³⁷ Avaliku võimu rahastamisena ei lähe aga arvesse tasud ülikooli poolt osutatavate lepinguliste teenuste eest, näiteks konkreetse uurimustöö teostamise, tellitud seminari või konverentsi korraldamise eest. Selles kontekstis ei ole oluline, kas need tegevused langevad kokku ülikooli õppe- ja teadustegevusega, kui teenuse osutamisel on tegelikult konkreetne majanduslik huvi³⁸, st esineb konkreetne vastusooritus.

³³ (viide 30), *Bayerischer Rundfunk*, p 35-40; (viide 20), p 34-35.

³⁴ Euroopa Kohtu liidetud otsused C-147/06 ja C-148/06, *SECAP ja Santorso*, p 29, (viide 20), p 21.

³⁵ (viide 23), p 23; (viide 7), lk 90.

³⁶ (viide 12), *University of Cambridge*, p 22, (viide 23), p 41, (viide 20), p 22.

³⁷ (viide 12), *University of Cambridge*, p 13, 23.

³⁸ (viide 12), *University of Cambridge*, p 13, 24.

Näiteks puudub vastusooritus ka ringhäälinguorganisatsioonidele eraldatud rahastuse puhul, kuna televisioonimaksu tasumise kohustus ega sellise maksu suurus ei ole ringhäälinguorganisatsioonide ja tarbijate vahelise lepingulise kokkuleppe tulemus. Tarbija on kohustatud televisioonimaksu tasuma üksnes asjaolust, et neil on vastuvõtja, isegi kui nad ei kasuta ringhäälinguorganisatsioonide teenuseid. Lisaks leidis Euroopa Kohus, et riik ei saanud vastusooritust, kuna televisioonimaksu eesmärk on kompenseerida riigi avaliku teenuse osutamisega seotud kohustusi, milleks on tagada, et kodanikud saavad objektiivset teavet erinevatest audiovisuaalsetest allikatest. Seega olid ringhäälinguorganisatsioonid samasuguses positsioonis nagu mistahes muu avaliku teenuse osutaja, kes täitdab ülesandeid riigi avalikest huvidest lähtuvalt.³⁹

Kui eraõigusliku juriidilise isiku rahastamine toimub tavapärase ärilepingu raames, ei ole avaliku rahastamise kriteerium täidetud ning isikut ei loeta hankijaks. Euroopa Kohus on öelnud, et kuigi avalikul võimul on kindel eesmärk isikut rahastada, ei tekita see rahastamise kriteeriumi täitmiseks vajalikku sõltuvussuhet. Kuivõrd tegemist on tavapärase lepingulise suhtega, mis eeldab lepingupoolte vahelisi vabasid läbirääkimisi, ei saa sellist rahastamist käsitleda avaliku rahastamisena.⁴⁰

Eesti riigihankeõiguse praktikas on VAKO hinnanud vastusoorituse olemasolu E-Riigi Akadeemia Sihtasutuse projektide rahastamise puhul.⁴¹ Nimelt toimus sihtasutuse rahastamine 2015.aastal põhiliselt eesmärgiga finantseerida konkreetseid projekte. Rahastajatel oli konkreetne huvi mingi infoühiskonna arenduse valdkonna osas ja konkreetse projekti teostamiseks anti E-riigi Akadeemia Sihtasutusele vastavad rahalised vahendid. Kuivõrd rahastamisel esines kindel vastusooritus, siis E-Riigi Akadeemia Sihtasutus ei ole hankija RHS § 5 lg 2 p 5 kohaselt.

³⁹ A. Brown. Whether German public broadcasters are financed for the most part by the State so as to fall within the EU procurement Directives: Bayerischer Rundfunk (C-337/06). Public Procurement Law Review, 2008, 4, NA124-127, p 3.

⁴⁰ C. H. Bovis. EU Public Procurement Law. Second Edition. Elgar European Law. 2012, Edward Elgar Publishing Limited, lk 291; (viide 12), *University of Cambridge*, p 25; (viide 23), p 46.

⁴¹ VAKO, 27.04.2017, 57-17/184454 *SQUALIO Cloud Consulting SIA*, p 4.2.2-4.2.3.

Rahandusministeerium on hinnanud MTÜ Eesti Abikeskused avaliku võimu poolset rahastust.⁴² Nimelt tekkis MTÜ-l küsimus, kas tegevus- ja projektitoetused on käsitletavad lepingulise vastusooritusena või nn tavapärase toetusena (*a mere subsidy*). Küsimus oli ajendatud sellest, et projektitoetuse puhul on üldjuhul nõutud omafinantseering. Rahandusministeerium asus seisukohale, et kui „projektitoetus MTÜ-le on lepinguline vastusooritus, millega MTÜ osutab riigile näiteks teenust ja riik selle eest tasub, siis on poolte vahel sõlmitud hankeleping, mis eeldaks riigihanke korraldamist“. Kuivõrd toetuse andjad ei käsitle toetuse andmise kaudu loodud suhet lepingulise vastusooritusena, leidis Rahandusministeerium, et projektitoetuste puhul on tegemist avaliku võimu poolse rahastamisega, millel puudub vastusooritus.

Tuginedes vastusooritust käsitlevatele eesti- ja ingliskeelsetele allikatele, selgub et nimetatud mõistet ei kasutata eesti keeles järjepidevalt. Euroopa Kohtu inglise keelsetes otsustes kasutatakse väljendit „*consideration*“⁴³, samade otsuste eestikeelsetes tõlgetes on kasutatud mõistet „vastutasu“⁴⁴, „vastusooritus“⁴⁵, „majanduslik kaalutlus“⁴⁶. „*Consideration*“ mõiste eelduseks on läbirääkimiste olemasolu, mõlema osapoolle kasu saamise faktor ning esinema peab rahaline sooritus.⁴⁷ Samad eeldused on ilmselt omistatavad „vastusoorituse“, „vastutasu“ ja „majandusliku kaalutluse“ mõistetele. Seega põhimõttelist erinevust analüüsitud mõistete puhul Euroopa Kohtu eesti- ja ingliskeelsete tõlgete vahel ei esine. Siiski leiab autor, et õigusselguse mõttes võiks kasutusel olla üks kindel definitsioon. Olenemata eestikeelse definitsiooni sõnastusest on tegemist hankedirektiivi autonoomse mõistega ning seda tuleb sisustada direktiivikonformselt.

Rahastamise kriteeriumi osas on Euroopa Kohus veel seisukohal, et lähtuda tuleb ka sellest, et kriteerium „põhiliselt rahastab“ hõlmab avaliku võimu poolset kaudset rahastamist. Niisugune

⁴² M. Sõrm an M. Vainola. Tallinn, 17.04.2019. Vastus, (kiri adressaadi valduses).

⁴³ (viide 30), *Bayerischer Rundfunk*, p 31, 36, 41; *consideration* – something of value given in exchange for something else of value, usually in the context of a contract. – Legal Dictionary, arvutivõrgus kättesaadav: <https://legaldictionary.net/consideration/> (06.04.2019)

⁴⁴ (viide 20), p 22; (viide 30), *Bayerischer Rundfunk*, p 41.

⁴⁵ (viide 30), *Bayerischer Rundfunk*, p 45, 57-59; Euroopa Kohus C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, p 53, 61.

⁴⁶ (viide 30), *Bayerischer Rundfunk*, p 56.

⁴⁷ (viide 43), Legal Dictionary.

rahastamine võib põhimõtteliselt toimuda seadusega ette nähtud ja kindlaksmääratud summas kehtestatud maksu näol, mis maksukohustuslase jaoks ei kujuta endast vastutasu asjaomase eraõigusliku isiku osutatud teenuste eest, mille kogumine toimub avalikku võimu teostades. Asjaolu, et vormiliselt kehtestab isik tema rahastamise põhiliselt tagavate sissemaksete suuruse ise, ei välista seda, et tegemist on kaudse rahastamisega, mis vastab eespool nimetatud kriteeriumile.

Nii on see näiteks riiklike sotstiaalkindlustuskassade puhul, kui

- seda rahastatakse nende liikmete poolt või nende eest tasutavatest maksudest, ilma konkreetse vastutasuta;
- seadusega on tehtud kohustuslikuks sotsiaalkindlustuskassa liikmelisus ja nende maksude tasumine;
- nende maksude suurus, mille küll vormiliselt kehtestavad sotsiaalkindlustuskassad ise, on õiguslikult reguleeritud;
- maksumäära peab heaks kiitma järelevalveasutus;
- maksude kinnipidamine on avaliku õiguse sätete alusel kohustuslik.⁴⁸
-

Kohtujurist Mengozzi nimetab neid kaudse rahastamise tuvastamise aspekte „tõendite kogumiks“.⁴⁹

Eelnev käsitlus pärineb Euroopa Kohtu asjast *IVD vs Ärztekammer*, kus kindlustusmakse määra kehtestasid haigekassad. Riikliku haigekassa poolt kindlustusmakse määra kehtestamiseks oli igal juhul vaja iga konkreetse riikliku haigekassa üle järelevalvet teostava järelevalveasutuse heakskiitu, nii et see kindlustusmakse määr oli teatud määral õiguslikult reguleeritud, kusjuures muud tulud (liidumaade otsesed maksed) kujutasid endast vaieldamatult otsest riigipoolset rahastamist. Kindlustusmaksete kogumise ja kinnipidamise kohta rõhutas Euroopa Kohus, et kindlustusmaksete kogumine toimub ilma kindlustatu igasuguse sekkumiseta ja ka kindlustusmaksete kinnipidamine on avaliku õiguse sätete alusel kohustuslik. Euroopa Kohus jõudis järeldusele, et riiklikke haigekassasid rahastas põhiliselt avalik võim, kuigi see toimus peamiselt kaudselt.⁵⁰

⁴⁸ (viide 20), p 23.

⁴⁹ (viide 19), Mengozzi, p 57.

⁵⁰ (viide 45), *Hans & Christophorus Oymanns*; (viide 19), Mengozzi, p 50-55.

Nii on Euroopa Kohus veel analüüsinud, kas riiklikud haigekassad on avaliku sektori hankijad nende rahastamisviiside tõttu kohtuasjas *Hans & Christophorus Oymanns*.⁵¹ Euroopa Kohus analüüsis rahastamise nelja aspekti:

- maksete kohustuslikkus,
- maksumäära kehtestamine,
- järelevalve teostamine maksumäära üle ning
- mil viisil on korraldatud maksete kogumine.

Sarnaselt leidis Euroopa Kohus ka *Bayerischer Rundfunk jt*⁵² kohtuasjas, et kui rahastamine põhineb riiklikul õigusaktil, on tagatud riigi poolt ja on korraldatud maksustamise ja maksu kogumise teel, mida tehakse avalikku võimu teostades, on „riikliku rahastamise” tingimus täidetud. Nimelt tuleneb saksa ringhäälinguorganisatsioonide televisioonimaks avalik-õiguslikust ringhäälingulepingust, st riiklikust õigusaktist, ega tulene tarbijate sõlmitud eraõiguslikust lepingust nende organisatsioonidega. Televisioonimaksu tasuvad ringhäälinguvastuvõtjat omavad eraõiguslikud isikud. Maksu suuruse määrasid kindlaks liidumaade parlamendid ja liidumaade valitsused ametliku otsusega, mis võeti vastu aruande alusel, mille koostab sõltumatu ekspertide komisjon, mille ülesanne on kontrollida nende organisatsioonide esitatud rahastamisvajaduste hinnanguid. Eelnevale tuginedes, leidis kohus, et selline maksumääramise mehhanism on loodud riigi poolt, kes on delegeerinud avaliku võimu ülesanded sellele ekspertide komisjonile. Televisioonimaksu kogumise viiside kohta märkis Euroopa Kohus, et maksu kogub ja arvestab ringhäälinguorganisatsioonide huvides tegutsev avalik-õiguslik ühendus maksuteadete abil. Samuti viidi maksu tasumise hiline mise korral meeldetuletusteadet täide haldusmenetluses, mille puhul asjaomane avalik-õiguslik ringhäälinguorganisatsioon võis esitada täitmisele pööramise taotluse, nii et asjaomased organisatsioonid tegutsesid seega avalikku võimu teostades.⁵³

Sama järeldus oleks tõenäoliselt kohaldatav Ühendkuningriigis tegutsevale BBC-le, kes analoogselt Saksamaa ringhäälinguorganisatsioonidele on rahastatud kohustuslike litsentsitasude kaudu.⁵⁴

⁵¹ (viide 45), *Hans & Christophorus Oymanns*.

⁵² (viide 30), *Bayerischer Rundfunk*.

⁵³ (viide 19), Mengozzi, p 44-48.

⁵⁴ Brown, (viide 39), p 4.

Bayerischer Rundfunk kohtuasjas leidis Euroopa Kohus veel, et ringhäälinguorganisatsioonide televisioonimaksu tuleb siiski eristada teatavate kutsealade, nagu arstide, juristide ja arhitektide, tasudest, mis on Saksamaal samuti kindlaks määratud avaliku võimu poolt. Erinevus seisneb selles, et nende professionaalsete teenuste kliendid asuvad alati oma vabal tahtel lepingulistesse suhetesse ja saavad alati konkreetse sisuga teenuse. Peale selle, kuigi eelnimetatud kutsealade tasud on kindlaks määratud riigi poolt, et toimu nende kutsealade rahastamine riigi poolt.⁵⁵

Samas ei ole kaudse rahastamisega tegemist siis, kui eraõiguslikku juriidilist isikut iseloomustab suur iseseisvus kindlaks määrata oma tegevuse laad ja ulatus, ülesannete täitmisviisid, vajalik eelarve ning liikmemaksude suurus. Sel juhul ei oma tähtsust asjaolu, et järelvalveasutus kiidab heaks maksukorra, kuna ta teostab kontrolli ainult selle üle, et eraõigusliku juriidilise isiku eelarve oleks tasakaalus. Eraõigusliku juriidilise isiku iseseisvust avalikust võimust suurendab veelgi see, kui maksukorra kehtestab eraõigusliku juriidilise isiku liikmete endi üldkoosolek.⁵⁶

Seega ei ole kriteerium „rahastab põhiliselt“ avaliku võimu organ täidetud,

- kui juriidilist isikut rahastatakse põhiliselt tema liikmete liikmemaksudest, mille kindlaksmääramine ja kogumine on seadusega antud selle isiku pädevusse ning
- kui see seadus ei määra kindlaks nende tegevuste ulatust ega laadi, millega ta täidab talle seadusega pandud ülesandeid, mille rahastamiseks need liikmemaksud on määratud.⁵⁷

1.2 Rahastuse ulatus

Rahastamise kriteeriumi hindamisel on oluline tuvastada eraõigusliku juriidilise isiku avaliku sektori poolset rahastuse ulatust. Muuhulgas on oluline, et rahastamine toimuks isiku üldiste tegevuste toetamiseks. Mõistet „rahastab põhiliselt riik“⁵⁸ on direktiivis vaid põgusalt

⁵⁵ Brown, (viide 39), p 2.

⁵⁶ (viide 20), p 27, 28.

⁵⁷ (viide 20), p 31.

⁵⁸ (viide 3), art 2 lg 1 p 4(c).

selgitatud. Direktiivi kohaselt osutab rahastamine „suuremas osas” suuremale osale kui pool. Lisaks võib selline rahastamine hõlmata kasutajate tehtavaid makseid, mis kehtestatakse, mille suurus arvutatakse ja mis kogutakse vastavalt avaliku õiguse normidele.⁵⁹

Euroopa Kohtu praktika kohaselt tuleb mõistet „rahastab põhiliselt riik“ tõlgendada „rohkem kui pool“⁶⁰. Seega on „põhilise“ rahastuse tingimus täidetud, kui eraõigusliku juriidilise isiku tulud tulenevad enam kui pooles ulatuses avalikust sektorist. Kuivõrd eraõigusliku juriidilise isiku tulud võivad pärineda mitmest erinevast allikast, siis selleks, et õigesti kindlaks määrata isiku avaliku sektori rahastamise protsent, tuleb arvesse võtta kõiki eraõigusliku juriidilise isiku tulusid, sealhulgas äritegevusest tulenevat tulu.⁶¹ Niisiis, mida suurem protsent isiku tulust moodustub tavapärasest äritegevusest, seda väiksem on tõenäosus, et „rohkem kui pool“ isiku tulust on avaliku võimu poolt rahastatud.⁶²

Samuti on Õiguskantsler⁶³ korranud Euroopa Kohtu kohtupraktikat, analüüsides kodanikualgatusliku ühingu ehk mittetulundusühingu ehk eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemist. Nimelt oli isiku tegevus põhilises osas ehk rohkem kui poole ulatuses finantseeritud riiklikest vahenditest ning muus osas eraannetustest. Kodanikualgatuslik ühing pidas riigihanke õiguse regulatsiooni rakendumist isiku eraannetuste suhtes ebaproportsionaalseks. Õiguskantsler selgitas, et „direktiiv ei sätesta, et eraõiguslik juriidiline isik peab läbima riigihanke protseduuri ainult siis, kui ta kavatseb katta asjade ja teenuste soetamisega kaasnevad kulud riigilt saadud raha arvelt. Teisisõnu öeldes ei näe riigihangete direktiiv eraõiguslikule juriidilisele isikule ette võimalust eristada oma tulubaasis riiklike vahendeid ja oma tegevuse tagajärjel (nt eraannetustelt) saadud tulusid ning rakendada riigihangete regulatsiooni ainult esimesele nimetatust – riiklikest vahenditest saadud rahale“.

⁵⁹ (viide 3), preambul p 10.

⁶⁰ (viide 12), *University of Cambridge*, p 30.

⁶¹ (viide 12), *University of Cambridge*, p 34-36.

⁶² Arrowsmith, (viide 7), lk 91.

⁶³ I. Teder. Õiguskantsleri teade menetluse lõpetamise kohta. Kodanikualgatuslikud ühinged kui hankijad riigihangete seaduse mõttes, lk 3. – arvutivõrgus kättesaadav:

<http://www.ngo.ee/sites/default/files/files/Õiguskantsleri%20vastus%20menetluse%20lõpetamisest.pdf>

(29.04.2019)

Rahastamise ulatuse osas on VAKO seisukohal, et eraõigusliku juriidilise isiku tegevus on põhiliselt rahastatud avaliku võimu poolt, kui see rahastus moodustab vähemalt 51% isiku tuludest.⁶⁴ Autor ei nõustu VAKO arvamusega. Nimelt, lähtudes Euroopa Kohtu hinnangust, on rahastuse tingimus täidetud, kui eraõigusliku juriidilise isiku tulud tulenevad enam kui pooles ulatuses avalikust sektorist. Kuivõrd pool on 50%, siis enam kui pool on vähemalt 50,1%, mitte 51%. Olenevalt rahastuse suuruselt, võib 0,9% mängida suurt rolli hindamaks, kas äriühing kvalifitseerub hankijaks rahastamise kriteeriumi alusel. Samale järeldusele on jõutud õiguskirjanduses, kus öeldakse, et avaliku võimu poolne rahastus peab ületama 50%.⁶⁵ Eesti kohtupraktika kohaselt on eraõiguslikust juriidilisest isikust hankijaks rahastamise kriteeriumi alusel näiteks MTÜ Saarte Koostöökogu, iga-aastasest kogutulust *ca* 90% moodustavad eraldised riigieelarvest,⁶⁶ samuti Eesti Raudtee AS, olles 100% riigi omandis⁶⁷ ning OÜ TS Laevad, mille 100% omanik on AS Tallinna Sadam, mille aktsiad omakorda kuuluvad 100% ulatuses Eesti Vabariigile.⁶⁸

Rahandusministeerium andis seisukoha MTÜ Eesti Abikeskused tulude arvutamise kohta.⁶⁹ Nimelt moodustab MTÜ talle kuuluva osaühinguga kontserni. MTÜ tulud moodustuvad valdavalt saadud toetustest. Osaühingu tulud moodustavad lepingulise vastusooritusega osutatud teenustest, mis moodustavad enamuse kontserni kogutulust. Rahandusministeeriumi hinnangul „toimub hankija määratlus RHS § 5 lg 2 punkti 5 tähenduses isiku põhiselt, mistõttu tuleb rahastamise kriteeriumi täitmise hindamisel lähtuda selle isiku vastavatest näitajatest“. Kui mitmed eraõiguslikud juriidilised isikud moodustavad koos kontserni, ei muutu nad üheks isikuks RHS § 5 lg 2 punkti 5 tähenduses. Tulenevalt eelnevast peab MTÜ hankijaks määratlemisel lähtuma vaid MTÜ tuludest.

Lisaks on Rahandusministeerium andnud esmatasandi tervishoiuteenust osutavale osaühingule, mille osanikeks on üksnes sama osaühingu kaudu teenust pakkuvad kaks perearsti, juhiseid

⁶⁴ VAKO 13.07.2018, 138-/18-, MTÜ Balti Uuringute Instituut, p 4.3.

⁶⁵ Bovis, (viide 40), lk 291.

⁶⁶ (viide 28), p 13.

⁶⁷ RKTko 3-3-1-57-10, p 16; TlnHK 3-09-2668, p 81.

⁶⁸ TlnHK 3-16-750, p 35.

⁶⁹ (viide 42).

rahastamiskriteeriumi sisustamiseks.⁷⁰ Kõnealune osaühing on põhiliselt rahastatud Eesti Haigekassa poolt, kelle kaudu osanikest perearstid osutavad esmatasandi üldarstiabi. Mõningal määral saab osaühing toetust ka kohalikult omavalitsuselt kommunaalkulude katteks. Osaühing tegutseb valla kasutada antud ruumides, millest osa – tegevuseks mittevajalikke ruume – üürib välja, saades seeläbi tulu. Peale selle saab osaühing väiksel määral tulu tasuliste teenuste osutamisest patsientidele. Seega tekkis küsimus, kas osaühing on rahastatud avalikest vahenditest, kuna selle isiku põhiline rahastus tuleb Eesti Haigekassalt. Konkreetset seisukohta Rahandusministeerium antud asjas võtta ei saanud ebatäpsete andmete tõttu, kuid selgitas, et „rahastamise kriteeriumi täitmine taandub suuresti sellele, kas Eesti Haigekassa rahastus on tavapärane lepinguline vastusooritus või on tegemist avalikest vahenditest tehtava maksega, millega toetatakse osaühingu üldist tegevust“.

Seega tuleb eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemisel rahastuse ulatust hinnata kahe kriteeriumi alusel samaaegselt. Eraõigusliku juriidilise isiku

- tulud peavad tulenema enam kui pooles ulatuses avalikust sektorist, st rohkem kui 51% ulatuses ning
- rahastuse suuruse kindlaks määramisel tuleb arvesse võtta kõiki isiku tulusid, sealhulgas äritegevusest tulenevat tulu.

1.3 Rahastuse muutumine ajas

Eraõigusliku juriidilise isiku rahastamise kriteeriumi hindamise võib keeruliseks muuta olukord, kus isiku riigisektorist pärinevate toetuste suurus, st rahastuse ulatus muutub ajas. Euroopa Kohus on öelnud, et avalikest vahenditest saadud rahastuse protsendimäära tuleb arvutada isiku eelarveaasta alguses saadaolevate andmete alusel, isegi kui need on esialgsed. Arvutused tehakse selle eelarveaasta kohta, mil hankemenetlus algab. Nimetatud põhimõtte eesmärgiks on tagada nii hankijale kui pakkujatele hankemenetluse õiguskindlus ja läbipaistvus. Juhul, kui eraõiguslik juriidiline isik kvalifitseerub eelarveaasta alguses hankijaks ning hankemenetluse käigus toimuvad rahastamises mistahes muudatused, on pakkujate huvide

⁷⁰ M. Sõrm an M. Vainola. Tallinn, 17.04.2019. Nõustamispäring riigihangete seaduse kohta, (kiri adressaadi valduses).

kaitsega seotud tingimuse tõttu oluline, et hankijale kohalduksid hankemenetluse nõuded seni, kuni asjaomane hankemenetlus on lõpule viidud.⁷¹ Seega tuleb eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemine kindlaks teha iga eelarveaasta alguses, mil hankemenetlus algab, kuivõrd isikule ei pruugi aasta-aastalt hankija staatus kohalduda tulenevalt muudatustest tema rahastamises. Siiski, kui eraõiguslik juriidiline isik kvalifitseerub hankijaks oma eelarveaasta alguses, mil hankemenetlus algab ning selle eelarveaasta jooksul toimuvad isiku rahastuse allikates ja avaliku rahastuse ulatuses muudatused, kohaldub sellele isikule hankija staatus kuni konkreetse hankelingu täitmiseni.

Rahandusministeerium on jäigemal seisukohal ja leiab, et rahastamise kriteeriumi alusel hankijaks määratlemine käsitleb isiku majandustegevust tervikuna eelarveaasta põhiselt (12 kuud), seega ei saa isikut hankijaks lugeda pelgalt ühe juhusliku eraldiseisva lepingu põhjal.⁷² Autor leiab, et tegemist on kahe erineva tõlgendusega, mil Euroopa Kohtu otsuse järgi on isik hankija staatusega seotud kuni konkreetse hankelingu täitmiseni, kuid Rahandusministeeriumi hinnangu kohaselt kuni eelarveaasta lõpuni.

Autor leiab, et nimetatud arusaamatuse lahendab õiguskirjanduses olev seisukoht, et juhul, kui isik kvalifitseerub eelduslikult eelarveaasta alguses hankijaks, siis kohaldub sellele isikule hankija staatus kuni nimetatud eelarveaasta lõpuni ning isik on seotud eelarveaasta jooksul algatatud hangetega kuni hankemenetluse lõppemiseni.⁷³ See tähendab, et eraõiguslik juriidiline isik peab iga eelarveaasta alguses hindama, kas teda rahastatakse rohkem kui 50% ulatuses avaliku võimu poolt ning juhul, kui see kriteerium on täidetud, kvalifitseerub isik hankijaks kuni selle eelarveaasta lõpuni. Kuid tähelepanu tuleb pöörata sellele, et juhul kui hankemenetlus kestab kauem kui hankijaks määratlemiseks olnud eelarveaasta, siis eraõiguslik juriidiline isik on küll seotud hankega kuni hankemenetluse lõpuni, st kuni hankijaks määratlemise aluseks olnud eelarveaastal sõlmitud hankelingu täitmiseni, kuid temale ei kohalduks pärast eelarveaasta lõppu enam hankija staatus.

Siiski puudub õigusselgus, kuidas toimida olukorras, kus juriidilise isiku tulud muutuvad eelarveaasta keskel selliselt, et ta kvalifitseeruks rahastamise kriteeriumi alusel hankijaks.

⁷¹ (viide 12), *University of Cambridge*, p 37-44.

⁷² TrtHK 3-15-370, p 15.

⁷³ Steinicke/Vesterdorf, (viide 17), lk 141.

Autor leiab, et kuivõrd hankija peab eelduslikult eelarveaasta alguses otsustama oma hankija staatuse, siis seda otsust võib teha ka eelarveaasta keskel. Juhul, kui eraõiguslik juriidiline isik kvalifitseerub hankijaks eelarveaasta keskel, siis eelnevale tuginedes kohaldub talle hankija staatus ikkagi vaid eelarveaasta lõpuni.

Rahandusministeerium on selgitanud, et eraõiguslik juriidiline isik peab oma tulusid hindama „nende andmete põhjal, mis on talle eelarveaasta alguseks teada või piisava kindlusega ettenähtavad. Näiteks, kui eraõiguslik juriidiline isik suudab oma varasema tegevuse või muude asjaolude pinnalt ette näha, et tema järgmise eelarveaasta rahastus on põhiliselt avalikest vahenditest, siis peaks ta ennast hankijaks määratlema. Kui eelarveaasta kestel toimub rahastamise muudatus, mis tingiks isiku hankijaks määratlemise või vastupidi hankijaks mitteolemise, võib isik seda oma tulevases tegevuses arvesse võtta⁷⁴.“ Seega eraõiguslik isik võib hinnata hankijaks määratlemist etteruttavalt ning võtta selleks arvesse eelneva majandusaasta andmeid. Autor nõustub Rahandusministeeriumiga osas, et eraõiguslik juriidiline isik võib avalikest vahenditest rahastuse suurust hinnata eelneva eelarveaasta andmete põhjal, kui isik on piisavalt kindel, et ka järgneval eelarveaastal selles osas muudatusi ei toimu. Kuid eelarve kestel toimuva muudatuse kohta on Rahandusministeerium andnud pooliku seisukoha. Nimelt on Rahandusministeerium silmas pidanud seda, et kui isiku eelneva eelarveaasta tuludes toimuvad muudatused, võib ta võtta arvesse neid muudatusi järgneva eelarveaasta tulude ennustamisel. Rahandusministeerium ei selgitanud, kuidas peab isik käituma, kui tema jooksvas eelarveaastas toimuvad muudatused.

Lähenemine, et eraõiguslik juriidiline isik peab eelarveaasta alguses otsustama, kas ta on hankija või mitte on saanud aga väga palju kriitikat⁷⁵, kuna tegemist on liiga ebamäärase lähenemisega.⁷⁶ Kuna aasta alguses ei ole võimalik kindlaks määrata juriidilise isiku sissetuleku iseloomu ega selle mahtu, on tegemist ennustamisega. Sellest tulenevalt on pakutud, et riigihangete läbiviimise kohustust tuleks otsustada isiku viimase majandusaasta, mitte algava majandusaasta andmete alusel. Isiku möödunud majandusaasta tulemuste alusel rahastuse hindamist on toetatud põhjusel, et nende andmete kohta on võimalik koostada aruanne, millest

⁷⁴ M. Sõrm an M. Vainola. Tallinn, 17.04.2019. Hankija määratlus, (kiri adressaadi valduses).

⁷⁵ A. Brown. A note on Case C-380/98, R. v H.M. Treasury ex p. University of Cambridge. - Public Procurement Law Review 2001/1, NA27-30.

⁷⁶ Volf, (viide 14), lk 51.

oleksid põhilised rahastamise allikad jälgitavad ja kontrollitavad.⁷⁷ Autor nõustub, et tegemist on keeruka küsimusega ja algava majandusaasta andmetele tugineva lähenemise korral on arvutused eelduslikud, kuid see ei õigusta isiku viimase majandusaasta andmetest lähtudes hankijaks määraltemisest. Viimasel juhul võib tekkida olukord, kus isik kvalifitseeruks hankijaks eelneva majandusaasta andmete põhjal, kuid mitte enam aastal, mil hankemenetlust läbi viiakse. Autor leiab, et selline tõlgendus tooks endaga kaasa pigem rohkem arusaamatusi kui eelarveaasta alguses eeldatavate arvutuste põhjal hankijaks kvalifitseerimine.

⁷⁷ Volf, (viide 14), lk 51.

2. HANKIJA JUHTIMIS- JA JÄRELVALVEKRITERIUM

2.1 Sõltuvus juhtorganitest

Teine eraõigusliku juriidilise isiku „vahetu sõltuvuse“ vorm on isiku juhtimine avaliku võimu poolt. RHS § 5 lg 2 punkti 5 kohaselt on eraõiguslik juriidiline isik avaliku sektori hankijast sõltuv, kui selle

- juhtimisorgani liikmetest rohkem kui poole määravad või
- mille juhtimist muul viisil kontrollivad koos või eraldi käesoleva lõike punktides 1–3 nimetatud hankijad või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud^{78, 79}

Seega on eraõiguslik juriidiline isik avaliku sektori hankija valitseva mõju⁸⁰ all, kui teda juhib avalik võim rohkem kui poole ulatuses selle isiku liikmetest. Silmas tuleb pidada, et pole oluline, kas valitsevat mõju selle isiku üle omavad Eestist pärinevad või mõne teise liikmesriigi ehk Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud.⁸¹

Eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija juhtimise kriteerium on seotud riigiasutuste ja ametnike otsese osalemisega isiku juhtimises. Tingimus on täidetud näiteks siis, kui valitsusasutus on asutanud isiku, kelle põhikiri ja selle kõik muudatused peavad olema heaks kiidetud ministri poolt; kui minister nimetab ametisse isiku juhtkonna ning määrab nende töötasud; kui minister peab audiitori ametisse nimetama ning kui isik on kohustatud järgima riigipoliitikat ja ministri määruseid.⁸²

Eesti õiguspraktikas on VAKO leidnud, et AS Tallinna Sadam on eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija juhtimiskriteeriumi alusel, kuna rohkem kui poolt sadama aktsiakapitalist omab

⁷⁸ Euroopa Majanduspiirkond (EEA) hõlmab 28 Euroopa Liidu liikmesriiki ning 3 EFTA riiki: Island, Norra ja Liechtenstein. EEA leping jõustus 1.01.1994 – arvutivõrgus kättesaadav: <https://elik.nlib.ee/pohifakte-euroopa-liidust/liikmesriigid-euroopa-majanduspiirkonna-riigid/> (19.04.2019)

⁷⁹ (viide 3), art 2 lg 1 p 4 c.

⁸⁰ *Valitsev mõju* – Rahandusministeerium kasutab sellist mõistet oma koostatud materjalis „Riigihangete juhise, 2017“.

⁸¹ Rahandusministeerium, (viide 79), lk 14.

⁸² (viide 9), lk 12-13.

teine avaliku sektori hankija, antud juhul Eesti Vabariik 100% ulatuses.⁸³ Kuivõrd aktsionäride üldkoosolek on aktsiaseltsi kõrgeim juhtimisorgan, siis juba sellega, et riik omab 100%-liselt kõiki aktsiad, on kriteerium täidetud.⁸⁴ Ka TS Laevad OÜ on avaliku sektori hankija valitseva mõju all, olles AS-i Tallinna Sadam tütarettevõtte ja olles 100%-liselt AS Tallinna Sadam omanduses.⁸⁵ Nagu eelpool juba mainitud, kuuluvad AS Tallinna Sadam aktsiad 100% ulatuses Eesti Vabariigile. Seega kontrollib TS Laevad OÜ juhtimist AS-i Tallinna Sadam kaudu Eesti Vabariik, st avaliku sektori hankija. Samuti kuuluvad AS-i Eesti Raudtee aktsiad 100%-liselt Eesti Vabariigile, mistõttu on täidetud isiku riigi juhtimise all olemise kriteerium ning isik kvalifitseerub eraõiguslikust juriidilisest isikust hankijaks.⁸⁶ Samas ei ole eraõiguslikust juriidilisest isikust hankijaks näiteks MTÜ Balti Uuringute Instituut, kuna vastavalt põhikirjale on MTÜ liikmeteks füüsilised isikud, kes valivad üldkoosolekul juhatuse. Seega avaliku sektori hankija ei juhi MTÜ tegevust ega saa seetõttu omada valitsevat mõju MTÜ üle.⁸⁷

2.2 Sõltuvus järelevalveorganitest

Kolmas eraõigusliku juriidilise isiku „vahetu sõltuvuse“ vorm on isiku üle järelevalve teostamine avaliku võimu poolt. RHS § 5 lg 2 punkti 5 kohaselt on eraõiguslik juriidiline isik avaliku sektori hankijast sõltuv, kui selle järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määravad või koos või eraldi käesoleva lõike punktides 1–3 nimetatud hankijad või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud^{88, 89}.

Järelevalvekriteerium on laiemal tähendusega ning ulatub kaugemale üksnes isiku üldisest haldus- ja finantsasjade kontrollimisest avaliku sektori hankija poolt, tekitades muuhulgas

⁸³ VAKO, 22.06.2011, 87/11-, *AS Tallinna Sadam*, p 9.

⁸⁴ RKTko, (viide 67), p 16; Äriseadustik – RT I, 28.02.2019, 10, § 290 lg 2.

⁸⁵ (viide 68), p 35.

⁸⁶ VAKO, 11.10.2013, 224-13/145671, *AS E.R.S*, p 7.1.

⁸⁷ (viide 64), p 4.2.

⁸⁸ (viide 78);

⁸⁹ (viide 3), art 2 lg 1 p 4 c.

sarnase sõltuvussuhte nagu rahastamise kriteerium ning võimaldades avalikul võimul seeläbi mõjutada isiku otsuseid hankemenetluses.⁹⁰

Euroopa Kohus on märkinud, et järelevalvekriteeriumi puhul on vaja kaaluda, kas kontrollid, millele eraõiguslik juriidiline isik on allutatud, muudavad ta sõltuvaks avalikust võimust selliselt, et viimased suudavad mõjutada isiku riigihankelepingutega seotud otsuseid. Sarnaselt rahastamise kriteeriumile, on järelevalvekriteeriumi puhul asjakohane eraõigusliku juriidilise isiku üldine sõltuvussuhe avalikust võimust. Oluline ei ole, kas järelevalve puudutab konkreetse lepingu sõlmimise protsessi. Piisab üksnes avaliku võimu õigusest sekkuda eraõigusliku juriidilise isiku järelevalveprotsessi.⁹¹ Oluline on, et juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määrab avalik võim. Muuhulgas on Euroopa Kohus öelnud, et juhul kui eraõigusliku juriidilise isiku juhtimisreeglid on üksikasjalikult seaduses sätestatud, siis üksnes nende reeglite täitmise kontrollimine võib kaasa tuua avaliku sektori märkimisväärse mõju eraõigusliku juriidilise isiku üle.⁹²

Näiteks analüüsis Euroopa Kohus kohtuasjas *Commission vs France*⁹³, kas avaliku sektori poolt väga kitsalt piiritletud sotsiaalkorterite rendileandmise ja ehitusega tegeleva ettevõtte tegevus muutub avalikust võimust sõltuvaks selliselt, et viimased saavad mõjutada tema otsuseid hankelepingute sõlmimise osas. Nimelt on ettevõtte tegevus üldises mõttes kehtestatud seadusega ning ehitiste tehnilised omadused ja hind on kindlaks määratud haldusotsusega. Lisaks on sellise ettevõtte põhikirjale ettenähtud seadusest tulenevad üksikasjalikud nõuded. Euroopa Kohtu hinnangul on üksnes selliste reeglite täitmise kontrollimine avaliku sektori poolt tõlgendatav avaliku sektori valitseva mõjuna. Peale selle vastutab seadusest tulenevalt majandus-ja kommunikatsiooniminister eraõigusliku juriidilise isiku rahaliste vahendite, ettevõtte lõpetamise, juhtorganite vallandamise ning likvideerija ja ajutise halduri määramise eest. Kohus leidis, et need volitused on ettenähtud isiku nõukogu, juhatuse ja kontrollorgani tõsiste eeskirjade eiramise, väärkasutuse või tegevusetuse korral.

⁹⁰ (viide 9), lk 12-13.

⁹¹ Arrowsmith, (viide 7), lk 91.

⁹² Euroopa Kohtu otsus C-237/99, *Commission vs France*, p 52; Euroopa Kohtu otsus C-237/99, *Commission vs France*, kohtujuristi Mischo ettepanek p 67.

⁹³ (viide 92), *Commission vs France*, p 47-55, 56-59.

Kohtujuristi Mischo hinnangul kuulub eelnimetatud juhtum ettevõtte juhtimise valdkonda, mitte üksnes järelevalve valdkonda, kuna ministeeriumidevaheline tööühm võib teostada sotsiaalkorterite dokumentaalseid ja kohapealseid kontrolle, läbi viia uuringuid, auditeid ja hindamisi ning nende põhjal teha ettepanekuid ettevõttele selle kohta, milliseid meetmeid tuleb kasutusele võtta pärast tema kontrolli läbiviimist. Nii asus Euroopa Kohus kõigele eelnevale tuginedes seisukohale, et sotsiaalkorterite ettevõtte juhtimine kuulub avaliku sektori hankija järelevalve alla, mis võimaldab viimasel mõjutada ettevõtte otsuseid hankelepingute osas. Avaliku võimu poolt teostatud järelevalve ei hõlma üksnes seaduslikkuse ja asjakohaste vahendite kasutamise või erakorraliste kontrollimeetmete halduskontrolli, vaid ka märkimisväärset mõju juhtimispoliitikale, nt vastavuse kontroll ja üldine haldusjärelevalve.⁹⁴

Analoogia põhjal saab järeldada, et kui valitseva mõju tingimus on täidetud isiku seadusest tulenevate üksikasjalike nõuete järgimisel (nn otsene sõltuvussuhe⁹⁵), piisab ka üldisest isiku juhtimise kontrollimisest ilma seadusest tulenevate üksikasjalike nõueteta. Seda vaid tingimusel, et viimasega kaasnevad mõned õiguskaitsevahendid ja/või sanktsioonid. Siiski pole selgust selles, milline sekkumine peab toimuma eraõigusliku juriidilise isiku juhtimisse, et rääkida kaudsest avaliku sektori poolsest isiku järelevalvest.⁹⁶

Euroopa Kohus on esile tõstnud mõned omadused, mille kohaselt saab hinnata eraõigusliku juriidilise isiku sõltuvust avaliku sektori hankijast järelevalve kriteeriumi alusel⁹⁷:

1. Avaliku võimu järelevalve ilma otsese sekkumiseta esineb, kui eraõiguslikule juriidilisele isikule on kehtestatud üksikasjalikud juhtimiseeskirjad, mis ei sõltu isiku tahtest. Näiteks, kui eraõigusliku juriidilise isiku tegevus ning selle eesmärk on täpselt piiritletud ning isiku toote, teenuse või ehitustöö omadused ja hind on kindlaks määratud haldusaktiga. Tegemist on üsna laia tõlgendusega, kuidas sisustada üksikasjalikke juhtimiseeskirjasid.
2. Seadusest tulenevalt teostab eraõigusliku juriidilise isiku üle piiranguteta järelevalvet isiku asutamise eesmärgiks oleva valdkonna minister. Hoolimata sellest ei saa vastutav

⁹⁴ (viide 40), lk 290.

⁹⁵ Tegemist on autori enda tõlgendusega, võttes aluseks rahastamise kriteeriumi põhimõtte analoogiat.

⁹⁶ Arrowsmith, (viide 7), lk 92.

⁹⁷ Arrowsmith, (viide 7), lk 92-93.

minister päris oma suva järgi isiku üle järelevalvet teostada, vaid peab tegutsema seadusest tulenevate volituste piires. Seega annab see tingimus vastutavale ministrile laia otsustusõiguse isiku üle järelevalve teostamisel.

3. Seadusest tulenevalt on vastutaval ministril õigus eraõigusliku juriidilise isiku tegevus lõpetada, juhatuse volitused peatada, määrata likvideerija ja isiku ajutine haldur eeskirjade rikkumise, tõsise juhtimisvea või viimase tegevusetuse tõttu. Nimetatud ministri volitused toetavad kahte eelnevat punkti avaliku sektori hankija valitseva mõju teostamisel. Euroopa Kohus on seisukohal, et selliste volituste olemasolu eeldab alalise järelevalve olemasolu eraõigusliku juriidilise isiku üle ning nendest piisab järelevalve täideviimiseks. Seega seadusest tulenevatest volitustest piisab järelevalvekriteeriumi täitmiseks, ilma et oleks vaja muid konkreetseid õiguseid, kuivõrd need kujutavad endast otsest sekkumist eraõigusliku juriidilise isiku juhtimisse.
4. Vastutav minister võib sekkuda eraõigusliku juriidilise isiku tegevusse, kui isiku majandustegevus langeb alla miinimumi või vastupidi ületab tavapärase tegevust ülemäära. Siinkohal on küsitav, kas selline volitus tekitab avaliku sektori hankija valitsevat mõju isiku üle, sest tegemist on üleüldise järelevalve teostamise õigusega.
5. Avaliku võimu töörühmadel on õigus eraõigusliku juriidilise isiku üle teostada kontrolle, läbi viia uuringuid, auditeid ja hindamisi ning nende põhjal teha isikule ettepanekuid meetmete kasutuselevõtmiseks, et tema tegevuses oleks tagatud avaliku võimu kehtestatud nõuded. Tegemist on piiramatul võimalusel kontrollida eraõigusliku juriidilise isiku tegevust ning anda isikule käitumisjuhiseid õigusaktiga.

Eelnimetatud kriteeriumite põhjal saab hõlpsasti hinnata RHS § 5 lg 2 punktis 5 nimetatud järelevalve olemasolu eraõigusliku juriidilise isiku üle.

Euroopa Kohus on hankija staatuse tuvastamiseks rakendatavat järelevalvekriteeriumit analüüsinud muuhulgas kohtuasjas *Adolf Truley vs Bestattung Wien*⁹⁸ (*Adolf Truley*). Nimelt esitati kohtule küsimus, kas kõnealune kriteerium on täidetud, kui matuseteenust osutava eraõigusliku juriidilise isiku juhtimise üle teostab järelevalvet avalik võim. Kohus asus seisukohale, et järelevalvekriteeriumit ei saa pidada pelga kontrollimise puhul täidetuks, kuna selline järelevalve ei võimalda mõjutada eraõigusliku juriidilise isiku otsuseid riigihankemenetluses. Siiski oli järelevalvekriteerium *Adolf Truley* kohtulahendis täidetud,

⁹⁸ (viide 21).

kuna eraõiguslik juriidiline isik oli Viini linna omandis oleva äriühingu tütarettevõtja. Seega oli olemas otsene järelevalve isiku üle. Sellisel juhul ületab isiku tegevuse järelevalve suurel määral pelgalt läbivaatamise. Lisaks esineb avaliku sektori hankija poolne valitsev mõju eraõigusliku juriidilise isiku üle, kui avalik võim teostab isiku raamatupidamise korrapärasuse, säästlikkuse, tõhususe ja otstarbekuse järelevalvet ning teavitab kontrollide tulemustest eraõigusliku juriidilise isiku omanikule. Nimetatud kohtulahendis sai otsustavaks asjaolu, et see seos võimaldas avaliku sektori hankijal mõjutada eraõigusliku juriidilise isiku otsuseid riigihankemenetluses.⁹⁹ Seega *Adolf Truley* kohtulahendist saab järeldada, et eraõigusliku juriidilise isiku omamine avaliku võimu poolt on piisav, et isik kvalifitseeruks hankijaks. Seda muidugi tingimusel, et ka teised eraõigusliku juriidilise isiku hankija eeldused on täidetud.

Euroopa Kohtu kohtuasjas *Wernwärme Wien*¹⁰⁰ ei analüüsitud enam põhjalikult eraõigusliku juriidilise isiku järelevalvekriteeriumit, vaid tõdeti, et kuivõrd isiku kogu osalus kuulub Viini linnale, kes kontrollib ka tema majandustegevust ja finantsjuhtimist, on tingimus täidetud.¹⁰¹ Seega leidis kinnitust *Adolf Truley* kohtuasjas kujundatud seisukoht, et kui eraõiguslik juriidiline isik kuulub avaliku sektori hankijale, siis eeldatakse, et viimane ka kontrollib isiku juhtimist ja teostab isiku üle järelevalvet, st eraõiguslik juriidiline isik on avaliku sektori hankija valitseva mõju all ja sellisena kuulub hankijate hulka.

Samas ei olnud järelevalvekriteerium täidetud kohtuasjas *IVD vs Ärztekammer*¹⁰². Kaasuses oli vaidluse all, kas hankijana tuleb käsitada eraõigusliku juriidilist isikut, kelle ülesanded, rahastamise korraldamise ja liikmemaksu suuruse peab heaks kiitma järelevalveasutus. Järelevalveasutusel ei olnud selle isiku üldkoosolekul otsustatud liikmemaksu summa osas mingit sekkumisõigust. Selle asutuse ainsaks pädevuseks oli eelarve tulude ja kulude vahelise tasakaalu kohustusliku auditi tegemine. Kohus asus seisukohale, et kui järelevalveasutus teostab üldist järelkontrolli eraõigusliku juriidilise isiku ülesannete täitmise seaduspärasuse üle, siis selline järelkontroll ei vasta kriteeriumi nõuetele, kuna ei võimalda avaliku võimu organil mõjutada eraõigusliku juriidilise isiku otsuseid hankemenetluses.¹⁰³ Seda eriti juhul, kui avaliku võimu sekkumine väljendub heakskiidu andmises isiku otsusele, millega määratakse kindlaks

⁹⁹ (viide 21), p 67-74; Arrowsmith, (viide 7), lk 93.

¹⁰⁰ Euroopa Kohtu otsus C-393/06, *Ing. Aigner*.

¹⁰¹ (viide 100), p 38.

¹⁰² (viide 20).

¹⁰³ (viide 20), p 29-30; (viide 19), Mengozzi ettepanek, p 69.

isiku põhilise rahastamise tagavate liikmemaksude suurus ning kontrollides, kas organisatsiooni eelarve on tasakaalus.

Juhindudes eeltoodust saab järeldada, et RHS § 5 lg 2 punkti 5 mõttes on juhtimis- ja järelevalve kriteerium eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija puhul täidetud, kui avaliku sektori hankija

- omab isiku suhtes enamusosalust või
- teostab isiku juhtimise üle järelevalvet, eelkõige kontrollides tema majandustegevust ja finantsjuhtimist, nii et see järelevalve võimaldab avaliku sektori hankijal mõjutada eraõigusliku juriidilise isiku otsuseid riigihankemenetluses.

Samas ei ole kriteerium täidetud, kui avaliku sektori hankija teostab üldist järelkontrolli eraõigusliku juriidilise isiku ülesannete täitmise seaduspärasuse üle, kui see kontroll ei võimalda avaliku võimu organil mõjutada eraõigusliku juriidilise isiku riigihanke menetlusega seotuid otsuseid. Seega olulisim aspekt kriteeriumi täitmise hindamisel on see, kas juhtimine ja kontroll, millele eraõiguslik juriidiline isik on allutatud, tekitab teise avaliku sektori hankijaga sõltuvussuhte, mis suudab mõjutada isiku riigihankelepingutega seotud otsuseid.

Siiski ei tohi tähelepanuta jätta, et peale juhtimis- ja järelevalvekriteeriumi peavad muuhulgas täidetud olema ka teised eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija kumulatiivsed tunnused, kuivõrd ainuüksi isiku õiguslikust vormist lähtuv tõlgendus ei ole hankija määratlemiseks piisav¹⁰⁴.

¹⁰⁴ RKTko, (viide 67), p 18.

3. HANKIJA ASUTAMISE EESMÄRGI KRITEERIUM

3.1 Avalik huvi RHS § 5 lg 2 p 5 tähenduses

Tänapäeval omavad üha rohkem avalik ja eraõigus sarnaseid tunnuseid ning esineb avalik-õiguslike ja eraõiguslike isikute vahelist koostööd. See tuleneb vajadusest parandada avalikes huvides täidetavate ülesannete efektiivsust, vähendada avaliku võimu kulusid ning suurendada konkurentsi ja avada turgu laiemale hulgale isikutele. Sellest tingituna saavad mitmed eraõiguslikud juriidilised isikud hankemenetluse kaudu täita avaliku võimu kohustusi ja ülesandeid. Seega on avaliku huvi kriteeriumi sisustamine muutunud keeruliseks.

RHS § 5 lg 2 p 5 kohaselt on isiku hankijana määratlemisel teiseks eelduseks see, et isik on asutatud eesmärgiga täita põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Seega eeldus on täidetud juhul, kui samaaegselt on esmalt täidetud tingimus isik on asutatud eesmärgiga täita ülesannet avalikes huvides ning teisalt sellel avalikes huvides täidetavalt ülesandel puudub tööstuslik ja äriline iseloom.

Riigihangete seaduse säte on üle võetud hankedirektiivi artikkel 2 lõike 1 punktist 4, mille kohaselt on kõnealune eeldus täidetud, kui avalik-õiguslik isik on moodustatud konkreetse eesmärgiga rahuldada vajadusi üldistes huvides ning sellel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Direktiivi põhjenduse punktis 10 on sätestatud, et Euroopa Liidu Kohtu praktikas on korduvalt analüüsitud mõistet „avaliku sektori hankija” ja eelkõige mõistet „avalik-õiguslik isik”. Direktiivi isikuline kohaldamisala (*ratione personae*) peaks jääma muutumatuks ning mõiste sisustamisel tuleb lähtuda Euroopa Kohtu praktikast. Selleks tuleks selgelt sätestada, et asutust, mis tegutseb tavapäraustes turutingimustes, püüab teenida kasumit ja kannab oma tegevusega seotud kahju, ei tuleks käsitada avalik-õigusliku isikuna, sest üldist huvi pakkuvaid vajadusi, mille rahuldamiseks see isik on loodud või mille rahuldamine on tehtud talle ülesandeks, võib pidada olemuselt tööstuslikuks või äriliseks.¹⁰⁵

Direktiivi ja riigihangete seaduse sõnastuses esineb kaks erinevust. Nimelt kasutatakse direktiivis mõistet „üldine huvi” (*general interest*) ning riigihangete seaduses mõistet „avalik huvi”. Euroopa Liidu õiguse ühetaolise kohaldamise vajadusest ning võrdsusprintsipist

¹⁰⁵ (viide 3), põhjenduse p 10.

lähitud tuleb hankedirektiivi üheselt ja järjekindlalt tõlgendada. Seetõttu on Euroopa Kohus leidnud, et sellele mõistele tuleb anda autonoomne ja ühtne tõlgendus. Samas sisulist erinevust mainitud mõisted ei oma, seega vastuolu nendega ei kaasne. Teiseks erinevuseks on see, direktiivi eestikeelsest tõlkest nähtub, nagu peaks äriine iseloom olema juriidilisel isikul endal, mitte tema poolt pakutavatel teenustel või üldisel huvil, mille rahuldamiseks teenust osutatakse. Direktiivi Euroopa Komisjoni originaalteksti kohaselt tuleks avaliku sektori hankija määratlemisel aluseks võtta avaliku huvi iseloom, millest lähtuvalt hankijana määratletav eraõiguslik juriidiline isik tegutseb. Riigihangete seaduses sellist põhimõtetist erinevust ei esine, kuivõrd direktiiv on üle võetud selle originaaltekstist lähtuvalt.¹⁰⁶ Peale selle, direktiivis on eraõigusliku juriidilise isiku avaliku huvi kriteerium välja toodud esimese kumulatiivse tunnusega, kuid riigihangete seaduses on see tingimus sätestatud teise eeldusega. Kuivõrd tegemist on eeldustega, mis peavad esinema samaaegselt, ei oma nende paigutus õigusaktides tähtsust.

Kohtujurist Léger on rõhutanud, et antud kriteeriumi ei ole lihtne mõista, kuid selle sätte peamine eesmärk on üsna selge. Nimelt, seaduse kohaldamisalast ning riigihangete läbiviimise kohustusest vabastatakse isikud, kes võivad olla avaliku võimuga seotud, kuid tõenäoliselt ei kasuta selle pakutavaid soodustusi teenuste või kaupade ostmisel ega osuta avalikke teenuseid, kuna isik teostab ärilisi eesmärke. Samas on selle sätte eesmärk allutada riigihangete läbiviimise kohustusele isikud, kes täidavad ülesandeid avalikes huvides.¹⁰⁷ Seega on oluline eristada hankija täidetavaid ülesandeid, millel on tööstuslik ja äriine iseloom nendest hankija tegevustest, mida ta täidab avalikes huvides ilma tööstusliku ja ärilise iseloomuta.

Avalikku huvi võib samastada avaliku hüvega. „Avalik hüve on see, millest on huvitatud riigi kui kogukonna liikmed tervikuna. Hüve on avalik siis, kui see puudutab enamiku ühiskonnaliikmete heaolu või suuremate sotsiaalsete gruppide huve.“¹⁰⁸

Näiteks AS Eesti Vanglatööstus tegutseb avalikes huvides, kuna äriühingu esmane eesmärk on aidata vangidel vabanedes ühiskonda rehabiliteeruda. Nimetatud eemärgi täitmine on avalikes huvides täidetav ülesanne; AS Eesti Loto on hankija, sest hasartmänguseadusega on

¹⁰⁶ Härginen/Vaske/Ginter. (viide 11), lk 235;(viide 10), lk 6.

¹⁰⁷ Volf, (viide 14), lk 22; Euroopa Kohus C-44/96, *Mannessmann*, kohtujuristi P. Léger ettepanek, p 64.

¹⁰⁸ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Juura, 2014, lk 38.

aktsiaseltsile loteriiturul antud riikliku monopoli õigus, mis kannab eeldõige avalikku huvi, viies ellu riiklikku hasartmängupoliitikat; Lennuliiklusteeninduse AS-i põhitegevuseks on põhitegevuseks on osutada lennuliiklusteenust Tallinna lennuinfo piirkonnas ja turuosa suurus põhitegevusalal on monopolne; riigi osalusega Teede Tehnokeskuse AS korraldab nii teedevõrgu kui ka ehitusmaterjalide sõltumatuid operatiivseid uuringuid ning on oma tegevusalal riigile vajalik sõltumatu ekspert võimalikes vaidlustes ja ekspertiisides, mistõttu riigi osaluse eesmärk on osutada avalikust huvist lähtuvat teenust; KredExi Krediidikindlustuse AS on hankija, sest tegutseb ja on loodud eriseaduse (ekspordi riikliku tagamise seadus) alusel ning äriühingul on riikliku eksporditagatise andjana teenuse osutamisel monopolne seisund.¹⁰⁹

Ka raudteeinfrastruktuuri majandamine, sh raudtee haldamine, administreerimine, raudteetranspordi ja raudteeohutuse korraldamine ja raudteehoid, kujutab endast avalike huve teenivat eesmärki.¹¹⁰ Nimelt on avalik raudtee määratud avalikuks kasutamiseks, millele tuleb tagada juurdepääs. Lisaks on raudteeinfrastruktuuri näol tegemist piiratud ressursiga, kuna selle dubleerimine ei pruugi olla võimalik või majanduslikult otstarbekas, kuid millele juurdepääsuta või mille olemasoluta ei ole võimalik kaubaturul raudteeveo-ettevõtjana tegutseda. Seetõttu on raudteeinfrastruktuuri majandamise peaesmärgiks avalike huvide teenimine.¹¹¹

Maksu- ja Tolliamet on esitanud kriteeriumid mittetulundusühingute avalikes huvides asutamise ja tegutsemise hindamiseks riigihangete seaduse alusel. Tegurid, millega peab arvestama, on järgmised:

- mittetulundusühing toob märkimisväärselt kasu üldsusele tervikuna või kasusaajate sihtgruppide:
 - o grupp on elanikkonna kui tervikuna võrreldes ebasoodsamas olukorras või
 - o sihtgruppide erilise kasu tooimine on ühiskonna jaoks märkimisväärselt väärtuslik;
- mittetulundusühing pakub olulisel määral kaupu ja teenuseid omahinnaga või alla omahinna;

¹⁰⁹ Riigihangete korraldamine riigi valitseva mõju all olevates äriühingutes ja riigi asutatud sihtasutustes. Riigikontrolli aruanne Riigikogule. 05.02.2013, lk 10.

¹¹⁰ RKTko, (viide 67), p 14; TlnRnK 3-09-2668, p 23.

¹¹¹ RKTko, (viide 67), p 14; TlnHK, (viide 67), p 72, 77.

- kõik muud tegurid osutavad sellele, et mittetulundusühing on loodud ja tegutseb peamiselt avalikes huvides.¹¹²

Euroopa Kohus on avalike huvide määratlemisel arvesse võtnud riigisiseseid nõudeid konkreetsete ülesannete täitmisel. Näiteks asjaolusid, nagu avaliku võimu

- soov omada valitsevat mõju teatud tegevuste osas;
- kohustus katta teatavate tegevustega seotud kulud;
- kontroll teatud teenuste hindade üle;
- kohustus tagada vajalik turvanõuete täitmine.¹¹³

Seega, kui eraõigusliku juriidilise isiku tegevus on reguleeritud avaliku võimu poolt, tegutseb isik eelduslikult avalikes huvides. Reguleerituse all peetakse silmas seadusandja nõudeid teenuste osutamiseks, selleks et asjassepuutuvas valdkonnas saaks turg ohutult ja selle tarbijate huve silmas pidades toimida.¹¹⁴ Mida rohkem avalik võim sekkub isiku tegevusse, seda suurem on tõenäosus, et avaliku huvi kriteerium on täidetud. Siiski on reguleerituse argument pigem teisejärguline ning muid avaliku huvi kriteeriume toetav.¹¹⁵

Autor leiab, et hankijaks määratlemisel ei kohaldu eelnimetatud kriteeriumid ainult ühele eraõigusliku juriidilise isiku liigile - mittetulundusühingutele, vaid samu tingimusi peab arvesse võtma mistahes muu eraõiguslik juriidiline isik oma asutamise või tegevuse hindamisel. Samas annavad nimetatud kriteeriumid hea suunise ja ülevaate avaliku huvi kriteeriumi hindamiseks.

Avaliku huvi mõiste sisustamisel tuleb tagada vaba konkurents olukordades, kus tellijal puudub ärinteline vajadus käituda majanduslikust soodsusest lähtuvalt ehk lihtsustatult öeldes olukordades, kus turg ei toimi. Kaupade ja teenuste vaba liikumise eesmärgi saavutamiseks tuleb vältida olukordi, kus avalikes huvides ülesannet täitval isikul võib tekkida kiusatus lähtuda asjade, teenuste või ehitustööde hankimisel muudest, kui üksnes majanduslikust loogikast lähtuvatest kaalutlustest.¹¹⁶

¹¹² Minumets/Kulm, (viide 108), lk 38.

¹¹³ P. Trepte. Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide. Second Edition. Oxford University Press, 2007, lk 105.

¹¹⁴ Härginen/Vaske/Ginter, (viide 11), lk 241.

¹¹⁵ Härginen/Vaske/Ginter, (viide 11), lk 241.

¹¹⁶ (viide 68), p 16.

Euroopa Kohtu praktikas on avaliku huvi mõistet sisustatud laialt. Avalikes huvides teenuse osutamiseks tuleb pidada midagi sellist, millest saab kasu laiem üldsus, mitte konkreetne üksikisik või isikute grupp.¹¹⁷ Avalike huvidega seotud ülesanded on tavaliselt need ülesanded, mida täidetakse muul viisil kui turul saadaolevate kaupade ja teenustega ning mida riik on üldistest huvidest tulenevalt ise otsustanud täita või mille üle ta soovib säilitada valitsevat mõju.¹¹⁸ Mõiste "avalikud huvid, millel ei ole tööstuslikku või ärilist iseloomu" hõlmab ka ülesandeid, mida võib täita eraettevõtja.¹¹⁹ Teatud teenuste puhul võib avaliku huvi olemasolu eeldada, kuivõrd need on selgelt suunatud enamusele elanikkonnast. Euroopa Kohus ütles, et isegi, kui seda teenust pakub vaid üks organisatsioon, võib selle teenuse osutamisel olla tugev seos avaliku huviga, kuivõrd sellel tegevusel on sotsiaalne eesmärk.¹²⁰

Avaliku huvi definitsioon on riigihanke õiguses senini määratlemata õigusmõiste – riigihankealastes direktiivides ei ole ühtset avaliku huvi mõistet sätestatud.¹²¹ Ka riigihangete seadusest ei tulene, kuidas tuleb sisustada avaliku huvi mõistet. Euroopa Kohus on siiski antud teemat jõudnud üksjagu käsitleda ja selgitada, kuna eraõigusliku juriidilise isiku avaliku huvi määratlemine on üks riigihanke õiguse keerukamaid kriteeriume. Kuigi avaliku huvi määratlemisel on Euroopa Kohus loonud ulatuslikku kohtupraktikat, ei anna need kindlat selgust mõiste rakendamisel. Siiski on riigihanke õiguses avaliku huvi mõiste sisustamisel oluline lähtuda Euroopa Kohtu praktikast, kuna tegemist on Euroopa Liidu õiguse mõistega, mida tuleb tõlgendada liidusiseselt ühtemoodi, eelkõige silmas pidades hankedirektiivide peamist eesmärki – konkurentsi soodustamist.

¹¹⁷ Härginen/Vaske/Ginter, (viide 11), lk 236.

¹¹⁸ (viide 21), p 50; (viide 100), p 47.

¹¹⁹ (viide 100), p 40, 58.

¹²⁰ Euroopa Kohtu osus C-360/96, *BFI Holding*, p 52.

¹²¹ (viide 30), *Bayerischer Rundfunk*, p 36-37.

3.1.1 Isik on asutatud eesmärgiga täita ülesannet avalikes huvides

RHS § 5 lg 2 punktis 5 on sätestatud, et eraõiguslik juriidiline isik peab avaliku sektori hankijaks kvalifitseerumiseks olema asutatud eesmärgiga täita ülesannet avalikes huvides. Seega eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemisel on oluline, et isiku asutamise eesmärgiks peab olema täita ülesandeid avalikes huvides.

Liidetud kohtuasjades *Agorà* ja *Excelsior*¹²² selgitas Euroopa kohus, kas Milano rahvusvahelisi messe korraldav äriühing *Ente Fiera* tegutseb avalikes huvides. Eelkõige soovis riigisisene kohus teada, kas *Ente Fiera* on avalik-õiguslik isik direktiivi mõistes, sh kas nimetatud äriühing on asutatud eesmärgiga täita ülesandeid avalikes huvides. Põhikirjast tulenevalt oli selle isiku tegevuse eesmärgiks igasuguste messide, näituste ja konverentside korraldamine kaubandussuhete edendamiseks. Kohus leidis, et kuivõrd selliste sündmuste korraldaja koondab tootjad ja kauplajad üle maailma ühte geograafiliselt piiritletud asukohta, ei tegutse see isik üksnes nende tootjate ja kauplajate huvides, kes saavad selliselt võimaluse oma kaupu reklaamida, vaid toob ühtlasi kokku tarbijad, kes saavad sobivates ostutingimustes oma valikuid teha. Tuginedes eelnevale, jõudis kohus järeldusele, et messide, näituste, konverentside ja muude sarnaste algatuste korraldamisega seotud tegevusi saab pidada avalikes huvides ülesande täitmiseks.

Sarnases valdkonnas käsitles *Korhonen*'i juhtum¹²³ Soome kohaliku omavalitsuse omandis oleva eraõigusliku juriidilise isiku tegevust, kelle asutamise eesmärk oli kinnisvara ostmine, müümine ja rentimine ning kinnisvara hooldusteenuste pakkumine ja korraldamine. Täpsemalt puudutas antud kohtuasi isiku tegevust kinnisvarasse investeerimiseks, eesmärgiga rentida need erasektori tehnoloogiaettevõtetele, et teostada kohaliku omavalitsuse poliitikat läbi tehnoloogia arenduskeskuse loomise. Euroopa Kohus leidis, et sellised tegevused vastavad üldise huviga seotud vajadustele, kuivõrd need on kohased kohaliku piirkonna majanduslike ja sotsiaalsete väärtuste suurendamiseks. Nimelt sellise keskuse loomine tooks endaga kaasa nõudluse täiendava tööjõu järele, riigi maksutulude suurenemise ning nõudlust ja pakkumist ka kaubaturul. Euroopa Kohus märkis, et põhimõtteliselt ei ole oluline, kas vara üüritakse ühele ettevõtjale, kuna avalikes huvides pakutavat teenust ei saa mõõta otseste kasutajate arvuga.

¹²² Liidetud Euroopa Kohtu asjad C-223/99 ja C-260/99, *Agorà* ja *Excelsior*.

¹²³ Euroopa Kohtu lahend C-18/01, *Korhonen*, p 41-45, 60-64.

VAKO on andnud hinnangu MTÜ Balti Uuringute Instituudi tegevusele.¹²⁴ Nimelt on isiku põhikirja kohaselt asutamise eesmärkideks teadmispõhise ühiskonna arendamine, sotsiaal-majanduslikud uuringud, teadus- ja arendustegevus, Eesti ja teiste Läänemere regiooni riikide arengu ja kultuuri tutvustamine maailmale.¹²⁵ Selliste tegevuste puhul on VAKO eeldanud, et MTÜ Balti Uuringute Instituut on asutatud eesmärgiga täita ülesannet avalikes huvides.

Seega juhul, kui eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärgiks on kultuuri, teaduse või kaubanduse edendamine ja investeeringute meelitamine kindlasse piirkonda, on riigihanke õiguse tähenduses isiku asutamise eesmärk täita ülesandeid avalikes huvides täidetud. Nimetatud tegevused arendavad kaubandussuhteid, mis omakorda kuuluvad avalike huvide valdkonda. Muuhulgas on kaubanduse edendamine avalikes huvideks seepärast, et lisaks tootjate ja kauplejate huvide soodustamisele oma tooteid reklaamida, pakutakse seejuures ka tarbijatele võimalust paremate valikute tegemiseks.¹²⁶ Peale selle, nimetatud eesmärgil teenuste osutamine ei ole tegutsemine konkreetsete eraõiguslike juriidiliste isikute enda huvides, vaid piirkonna arengu huvides, mida peetakse avalikeks huvideks direktiivi mõttes.

Ülikoolide juhtimise kohta on Kohus lühidalt sedastanud, et see on üldteada fakt, et ülikoolid on asutatud eesmärgiga osutada teenust avalikes huvides.¹²⁷ Ka ringhäälinguorganisatsioonide puhul ei ole kahtlust, et need on asutatud eesmärgiga täita avalikke huve, kuivõrd rahuldavad avalikest huvidest tulenevat vajadust avaliku programmi järgi.¹²⁸

Euroopa Kohtu asjas *SIEPSA*¹²⁹ analüüsi, kas vanglate ehitamine on tegevus avalikes huvides. Nimelt tekkis antud asjas küsimus, kas *SIEPSA*, mis on eraõiguslik juriidiline isik, on hankija direktiivi tähenduses. Euroopa Kohus asus seisukohale, et *SIEPSA* oli asutatud eesmärgiga ellu viia Hispaania riigi vanglate poliitikat, võttes kasutusele ettenähtud programmid ja meetmed ning teostades ülesandeid, mis on vajalikud riigi vangla ehitamiseks, haldamiseks või müümiseks. *SIEPSA* rakendas ministrite nõukogu kinnitatud vanglate kulude ja vanglate asutamise kava ning teostas oma tegevust vastavalt riigiasutuste poolt välja antud juhistele.

¹²⁴ (viide 64).

¹²⁵ (viide 64), p 4.4.

¹²⁶ Steinicke/Vesterdorf. (viide 17), p 144.

¹²⁷ (viide 12), *University of Cambridge*, p 19.

¹²⁸ (viide 29), Colomer, p 62.

¹²⁹ (viide 5), p 84-86.

Ühtlasi on vanglate ehitamine osa riigi kriminaalpoliitika elluviimisest, mis on otseselt seotud avaliku korraga. Kõigele eelnevale tuginedes otsustas kohus, et *SIEPSA* on asutatud eesmärgiga täita ülesandeid avalikes huvides.

Kohtuasjas *Ing. Aigner*¹³⁰ esitati Euroopa Kohtule eelotsusetaotlus küsimusega, kas eraõiguslik juriidiline isik *Fernwärme Wien*, kes varustab Viini linna territooriumil elamispindu, avalikke asutusi, kontoreid ja ettevõtjaid kaugküttega, milleks kasutab taastumatute energiaallikate asemel energiat, mis pärineb jäätmetest, tegutseb avalikes huvides. Kohus ütles, et kuivõrd isik asutati konkreetse eesmärgiga varustada Viini linna territooriumil suurel hulgal ehitisi keskkonnahoidlikul meetodil, siis selline tegevus kujutab endast kaheldamatult avalikke huve teenivat eesmärki.¹³¹ Seega selles kaasuses sai avaliku huvi olemasolu hindamisel määravaks keskkonnasäästlikkuse eesmärgil suurel hulgal inimestele eluks vajaliku teenuse osutamine.

Eesti riigihankeasjade kohtupraktikas on avalikes huvides pakutavaks teenuseks peetud mandri ja Hiiumaa-Saaremaa vahelist parvlaevateenust¹³². Nimelt hindas kohus, kas TS Laevad OÜ on asutatud eesmärgiga täita parvlaevateenust mandri ja Eesti suursaarte (Hiiumaa ja Saaremaa) vahel avalikes huvides. TS Laevad OÜ tegevusalaks on äriregistris märgitud sõitjate vedu merel ja rannavetes. Kohus leidis, et parvlaevateenuse toimimine mandri ja suursaarte vahel tagab Eesti äärealade jätkusuutlikku arengut, mis on selgelt riigi geopoliitiline huvi ning teisalt soodustab turismi saartele, seejuures riigile strateegiliselt olulise teenuse hinna võimalikult madalal hoidmine, on avalik huvi.¹³³

Seega, kui eraõiguslik juriidiline isik on asutatud eesmärgiga viia ellu riigi transpordi-, ringhäälingu-, haridus-, keskkonna või karistuspoliitikat ning see isik saab riigipoliitika teostamiseks avalikult võimult konkreetsed juhised, on see tegevus tihedalt seotud avaliku huviga.

Autor leiab, et eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärgist saab lähtuda siis, kui isik tegutseb vaid ühel tegevusalal. Autori seisukohta on kinnitanud Euroopa Kohus, kes on avaliku

¹³⁰ (viide 100).

¹³¹ (viide 100), p 39.

¹³² (viide 68), p 37.

¹³³ (viide 68), p 37-40.

huvi mõistele andnud laia tähenduse ning ei ole ta piirdunud üksnes eraõigusliku juriidilise isiku avalikes huvides asutamise eesmärgi hindamisega. Järgnevas alapeatükis käsitleb autor avalikes huvides teenuse osutamist kui eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemise alust avaliku huvi kriteeriumist lähtuvalt.

3.1.2 Isik osutab teenust avalikes huvides

Varasemalt kehtinud RHS¹³⁴ § 10 lg 2 punkti 1 kohaselt võis hankijaks olla ka eraõiguslik juriidiline isik, kes täidab ülesannet avalikes huvides.¹³⁵ Hetkel kehtivas seaduses on regulatsioon kooskõlas direktiivi sõnastusega, kuid ei näe ette võimalust hankijaks määratleda isikut, kes üksnes täidab ülesannet avalikes huvides ja seejuures jätta kõrvale isiku asutamise eesmärk. Siiski annab selle võimaluse Euroopa Kohtu kohtupraktika. Seega on Euroopa Kohus avalikku huvi tõlgendanud laiemalt kui seadusandja.

Nimelt on Euroopa Kohus *Universale-Bau* kohtuasjas¹³⁶ analüüsinud eraõigusliku juriidilise isiku tegevust, kelle asutamise eesmärgiks oli põhikirjast tulenevalt erasektoris teenuse osutamine majanduslikel kaalutlustel. Eraõigusliku juriidilise isiku tegutsemise käigus delegeeris avalik võim isikule avalikke huvisid teenivaid ülesandeid, kusjuures isiku põhikiri jäi muutumatuks. Kohus asus seisukohale, et avaliku huvi olemasolu tuleb hinnata objektiivselt ning lähtuda tuleb isiku tegelikust tegevusest. See, kas ka eraõigusliku juriidilise isiku põhikiri kajastab tegelikku olukorda ning mis oli isiku asutamise eesmärk, ei ole määrav.

Tulenevalt eelnevast on oluline RHS § 5 lg 2 punktis 5 sätestatud avaliku huvi tõlgendada kooskõlas eelmainitud Euroopa Kohtu lahendiga, kuivõrd seaduse grammatilisel tekstil on liialt piirav tähendus. Ka üksnes direktiivi koosmõjus seaduse tõlgendamisega ei jõua õige järelduseni. Tegemist on olulise tingimusega hankija määratlemisel, kuna nii on tagatud suuremale ringile eraõiguslikele juriidilistele isikutele hankemenetluses osalemise võimalus, mis omakorda teenib hankedirektiivide konkurentsi soodustamise põhimõtet.

¹³⁴ (viide 1).

¹³⁵ Volf, (viide 14), lk 32.

¹³⁶ Euroopa Kohtu otsus C-470/99, *Universale-Bau*, p 46-49.

Euroopa Kohus on konkreetsete teenuste osutamist avalikes huvides hinnanud mitmel korral. Näiteks *Adolf Truley*¹³⁷ lahendis asuti seisukohale, et matuseteenuse korraldamise puhul on tegemist avalikes huvides täidetava ülesandega. Nimelt soovis riigisisene kohus teada, et kui piirkondlikul või kohalikul omavalitsusel on seadusest tulenev kohustus korraldada matuseid ja teatud asjaolude esinemisel ka kanda matusekulusid, kas need tingimused võivad luua eelduse selleks, et matuseteenuse korraldaja tegevuse puhul on tegemist teenusega avalikes huvides. Kohus leidis, et selline teenus on tihedalt seotud avaliku võimuga, kuna riik teostab kontrolli sünni- ja surmatunnistuste väljastamise üle. Lisaks, kui isiku surma korral ei ole matuseid korraldatud teatud kindla aja jooksul, siis riigil võib olla õigustatud huvi omada teatavat mõju nende tegevuste suhtes, et tagada rahva tervise- ja hügieeninõuded. Siiski märkis kohus, et matuseteenuse osutamine ei ole alati teenus avalikes huvides. Sellise teenuse puhul sõltub avaliku huvi olemasolu äriühingule antud avaliku võimu volitusest, mille eesmärgiks omakorda peab olema olemasolev või tulevane vajadus sellise teenuse järgi.¹³⁸

Seega tuleb eraõigusliku juriidilise isiku seadusest tulenevat kohustust, millega tagatakse laiemale üldsusele mingi hüve, käsitleda kui avalikes huvides tegevust. Oluline aspekt siinjuures on avaliku võimu huvi omada kontrolli selle teenuse osutamise üle.

Euroopa Kohus on *BFI Holding*¹³⁹ otsuses rõhutanud, et avaliku huvi eesmärgil osutatavad teenused ei ole määratletud suletud kategooriatega. Üldistes huvides tegutsemine võib tähendada ükskõik mis valdkonda, mida riik peab vajalikuks hõlmata avalikkuse hüvanguks.¹⁴⁰ Nimetatud otsuses jõuti järeldusele, et eraõiguslik juriidiline isik, mis oli kahe kohaliku omavalitsusüksuse asutatud aktsiaselts, kellele määrati valdkonna seadustega ülesandeks olmejäätmete käitlemine ja kohaliku teedevõrgu hooldamine, tegeleb avaliku huviga seotud ülesannete täitmisega. Nimetatud otsuses öeldi, et juriidiline isik, mis oli kahe kohaliku omavalitsusüksuse asutatud aktsiaselts, kellele määrati valdkonna seadustega ülesandeks olmejäätmete käitlemine ja kohaliku teedevõrgu hooldamine, on avaliku huviga seotud. Seega ei oma tähtsust, mis valdkonnas hankija osutab teenuseid avaliku huvi täitmise eesmärgil. Oluline on, et hankija on osutab neid teenuseid avaliku huvi eesmärgil.

¹³⁷ (viide 21), p 47-57.

¹³⁸ Trepte, (viide 113), lk 106.

¹³⁹ (viide 120), p 54-58.

¹⁴⁰ Arrowsmith, (viide 7), lk 94.

Kokkuvõttes tuleb eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemisel avaliku huvi kriteeriumi alusel arvesse võtta kõiki asjakohaseid faktilisi ja õiguslikke andmeid, nagu selle isiku asutamise asjaolud ja tingimused, milles isik tegutseb. Eraõigusliku juriidilise isiku avalikes huvides tegutsemine võib tulla isiku põhikirjast, aga ka näiteks avaliku võimu korraldustest. Niisiis on oluline tuvastada, kas eraõiguslik juriidiline isik on asutatud avalikes huvides või tegeleb ülesandega avalikes huvides. Juhul, kui isik on asutatud muudel eesmärkidel kui avalikes huvides, kuid ta saab või võtab avalikes huvides ülesande täitmise kohustuse, kvalifitseerub eraõiguslik juriidiline isik siiski hankijaks.

3.2 Asutatud eesmärgiga täita ülesannet põhi- või kõrvaltegevusena

Euroopa Kohtu kohtupraktikale tuginedes jõudis autor eelnevas alapeatükis järeldusele, et eraõiguslik juriidiline isik võib oma põhitegevusele lisaks tegeleda ka üksnes osaliselt avalikes huvides. See tähendab, et kui eraõiguslik juriidiline isik ei ole asutatud avalikes huvides, kuid osutab näiteks mõnda teenust avalikes huvides, käsitletakse viimast isiku kõrvaltegevusena.

Mannesmann'i lahendis¹⁴¹ analüüsis Euroopa Kohus küsimust, kas eraõiguslikust juriidilisest isikust ettevõtja täidab ülesannet avalikes huvides ka siis, kui ta loodi eesmärgiga osutada riigile konfidentsiaalsus- või turvanõuetele vastavaid trükiteenuseid, näiteks passide, juhilubade, seaduse tekstide jms trükkimine, mille hinnad olid kindlaks määratud avaliku võimu poolt, kuid kui see isik tegeles ka muude kõrvaltegevustega, näiteks raamatute, ajalehtede ja teiste trükiste väljaandmisega ja levitamisega. Euroopa Kohus asus seisukohale, et avaliku huvi kriteerium oli täidetud, kuna dokumendid, mida isik oli kohustatud valmistama, olid tihedalt seotud riigi huvidega. Selle juures oli ebaoluline, et juriidilisel isikul oli vabadus tegeleda muude kõrvaliste ülesannetega, mis moodustasid enamuse selle isiku tegevusest. Oluline oli, et ta seejuures jätkab avalike huvidega seotud ülesannete täitmist, milleks ta oli loodud. Kohus lisas, et kuigi direktiivi artikkel 2 lõike 1 punktis 4 a on sätestatud tingimus, mille kohaselt peab juriidiline isik olema loodud avalike huvidega seotud ülesande täitmise eesmärgil, siis see ei tähenda seda, et isik peaks tegelema ainult asutamise eesmärgiga seotud ülesannetega.

¹⁴¹ Euroopa Kohtu otsus C-44/96, *Mannesmann*, p 6-8, 22-26.

Eelnimetatud küsimus tõstatas liikmesriigil seepärast, et direktiivis sätestatud eraõigusliku juriidilise isiku asutamise spetsiifilist eesmärki (*established for the specific purpose*¹⁴²) käsitleti väga piiritletult lähtuvalt selle isiku asutamise põhjustest ja eesmärkidest. Euroopa Kohus lõi sellekohase pretsedendi, öeldes et eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärgi spetsiifilisus ei tähenda ainuõigust selles mõttes, et isik ei võiks muud liiki kõrvaltegevusi täita.¹⁴³

Seega hankijaks määratlemisel on juriidilise isiku puhul avaliku huvi kriteerium täidetud ka juhul, kui isik tegeleb lisaks avalikust huvist tulenevate ülesannete täitmisele ka muude huvidega seotud ülesannetega. Sel juhul peab eraõiguslik juriidiline isik seisukoha võtmisel lähtuma pigem konkreetsest tegevusalast ja avalikust huvist, mida see teenib. Siinkohal ei oma tähtsust, et muude tegevuste osakaal on suurem võrreldes asutamise eesmärgiks olevate avalike huvidega seotud ülesannetega, eeldusel et viimaste täitmist isik jätkab, mille täitmiseks ta on asutatud. See tähendab muuhulgas seda, et selline eraõiguslik juriidiline isik allub ka oma muu tegevuse osas riigihanke õiguse korrale.

Euroopa Kohus on öelnud¹⁴⁴ et „kui riigihankemenetlus oleks vaja läbi viia üksnes osade hangete puhul, siis satuks ohtu õiguskindluse põhimõtte rakendamine: kõikidel huvitatud osapooltel puuduks ülevaade sellest, millise menetluse raames tuleks avalik-õiguslikul isikul ühte või teist hanget sooritada, ning seega ei oleks avalik-õigusliku isiku käitumine piisaval määral ennustatav ega läbipaistev“¹⁴⁵.

Autor leiab, et ülalkirjeldatud range riigihanke õiguse kord tagab küll riigihankemenetluse õigusselguse ja -kindluse, kuid seab taolised eraõiguslikud juriidilised isikud halvemasse olukorda, võrreldes oma konkurentidega, kuna kitsendab isiku tööstuslikku ja ärilist tegevust. Lisaks on selline piirang eraõiguslike juriidilise isikule üsna koormav, kuna riigihankemenetluse reeglid on ka muus osas paindumatud, näiteks aeganõudev menetluse protsess. Seega avalikes huvides teenuseid osutavad eraõiguslikud juriidilised isikud, kelle muude tegevuste osakaal on suurem, jäävad ilma oma tavapärasest vabadusest majandustegevuses. Lahenduseks oleks see, kui eraõiguslik juriidiline isik eraldaks avalikes

¹⁴² (viide 4), 2014/23/EL, art 2 p 1 lg 4, inglisekeelne versioon.

¹⁴³ Bovis, (viide 40), lk 293.

¹⁴⁴ (viide 141), p 34, (viide 100), p 54.

¹⁴⁵ Teder, (viide 63), lk 3.

huvides teenuste osutamise oma tööstuslikest ja ärilistest tegevustest, eelkõige asutades avalikes huvides täidetavate ülesannete jaoks eraldiseisva ühingu, mis ei alluks riigihanke õigusele.

Kuivõrd direktiivi ja riigihankete seaduse teine eeldus - isik on asutatud eesmärgiga täita põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu – sisaldab kahte kumulatiivset tingimust, siis üksnes isiku tegevuse avaliku huvi kriteeriumi hindamisest ei piisa. Peale selle, et isik on asutatud eesmärgiga täita ülesannet avalikes huvides, ei tohi sellel tegevusel olla tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Esmalt tuleb hinnata, kas isik on asutatud eesmärgiga täita ülesannet avalikes huvides ning alles seejärel saab vajadusel hinnata, kas sellel tegevusel esineb ka tööstuslik või äriline iseloom.¹⁴⁶ Seega tuleb igal üksikjuhtumil lisaks kontrollida, kas eraõigusliku juriidilise isiku tegevus on avalikes huvides või mitte, lähtudes magistr töö järgmistes alapeatükkides käsitletavatest Euroopa Kohtu ja riigisiseste kohtute poolt väljatoodud eeldustest.

3.3 Tööstusliku ja ärilise iseloomu puudumine

Lisaks eraõigusliku juriidilise isiku avaliku huvi kriteeriumi hindamisele on vaja käsitleda avalikes huvides täidetava ülesande tööstuslikku ja ärilist iseloomu. Isiku tegevuse tööstusliku ja ärilise iseloomu tuvastamine toimub juhul, kui on kindlaks tehtud, et isik täidab ülesannet avalikes huvides.

Riigihankete seaduse eesmärgiks on välistada need isikud, kes täidavad ülesandeid tööstuslikel ja ärilistel eesmärkidel. Tööstuslik ja äriline iseloom viitab eraõigusliku juriidilise isiku tavapärasele majandustegevusele. Kuigi see tundub arusaadav kriteerium, on see siiski andnud alust vaidlusteks, millal saab rääkida eraõigusliku juriidilise isiku tegevusest, millel puudub tööstuslik ja äriline iseloom.

Siinkohal tuleb eristada kolme tüüpi majandustegevust:¹⁴⁷

¹⁴⁶ (viide 123), p 40.

¹⁴⁷ Volf, (viide 14), lk 35.

- majandustegevus, mis ei kujuta endast avalike ülesannete täitmist;
- majandustegevus, mis kujutab endast avalikes huvides ülesannete täitmist, kuid millel on tööstuslik või äriine iseloom;
- majandustegevus, mis kujutab endast avalikes huvides ülesannete täitmist ning millel puudub tööstuslik või äriine iseloom.

Direktiivi artikkel 2 p 1 lõikes 4 a ja RHS § 5 lg 1 punktis 5 sätestatud tingimus, et eraõiguslik juriidiline isik peab olema asutatud eesmärgiga rahuldada vajadusi avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, on osutunud üsna keeruliseks eelduseks, kuivõrd on direktiivis määratlemata õigusmõiste sarnaselt avaliku huvi mõistele. Kuigi Euroopa Kohtus on antud teemat palju analüüsitud, ei ole kohus andnud ühest kriteeriumit, millele tuginedes oleks võimalik määratleda, kas isik rahuldab vajadusi avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Peamiselt on oluline eristada avalikes huvides ülesannete täitmist ilma tööstusliku ja ärilise iseloomuta nendest avalikes huvides täidetavatest ülesannetest, mille puhul isikul esineb tööstuslik ja äriine iseloom.¹⁴⁸

Euroopa Kohtu otsuses *BFI Holding*¹⁴⁹ on selgitatud, et tööstusliku ja ärilise iseloomu tuvastamine on vajalik, et selgitada selle sätte avaliku huvi mõiste tähendust. Nimelt loob see mõiste avaliku huvi mõistele alamkategooria, millest lähtudes tuleb sisustada eraõigusliku juriidilise isiku tegevust avalikes huvides. Muuhulgas on direktiivis kehtestatud tingimused üksteisest lahutamatud. Euroopa Kohus leidis, et kui seadusandja oleks soovinud, et kõik avalikes huvides rahuldatavad vajadused ei ole tööstusliku ega ärilise iseloomuga, siis ei oleks olnud otstarbekas sätestada selles kontekstis mõiste teist osa. Kohus jõudis järeldusele, et võimalikud on avalikud huvid, millel on tööstuslik ja äriine iseloom ning võimalik on ka, et juriidiline isik täidab avalikest huvidest tulenevaid ülesandeid, millel ei ole tööstuslikku ja ärilist iseloomu. Sellises olukorras võiks lahenduseks olla see, et ehtsate tööstusliku ja ärilise iseloomuga tegevuste jaoks loob eraõiguslik juriidiline isik eraldiseisva äriühingu, mille puhul ei tekiks kahtlust, kas ta kvalifitseerub hankijaks või mitte.¹⁵⁰

¹⁴⁸ (viide 21), p 36.

¹⁴⁹ (viide 120), p 32-36.

¹⁵⁰ Trepte, (viide 113), lk 109.

Sama põhimõtet on kinnitatud Eesti kohtupraktikas¹⁵¹, kus kohus on öelnud et, kuna RHS § 5 lg 1 p 5 räägib nii avalikes huvides ülesande täitmisest põhi- kui kõrvaltegevusena, ei oleks sätte kohaldumist välistavaks asjaoluks see, kui lisaks avalikele ülesannetele on äriühingul ka puht ärilisi eesmärgi ja ülesandeid. Seega säte ei nõua, et isik peaks tegutsema üksnes avalikes huvides, oluline on, et avalikes huvides teostataval ülesandel ei oleks tööstuslikku ega ärilist iseloomu.¹⁵²

Eelnevast tulenevalt on vajalik eraõigusliku juriidilise isiku puhul hinnata, kas selle isiku täidetaval ülesandel on äiline eesmärk või tööstuslik iseloom. Kui isik täidab asutamise eesmärgiks olevat ülesannet küll avalikes huvides, aga sellel on tööstuslik või äiline iseloom, siis see isik ei kvalifitseeru hankijaks riigihangete seaduse kohaselt.

Juhul, kui eraõiguslik juriidiline isik tegutseb suuremas osas tööstuslikul või ärilisel eesmärgil, kuid samal ajal täidab ta ka mõnda avalikes huvides ülesannet, kasvõi väga väheses osas võrreldes muu tegevusega, peab see isik ka nende muude äritegevuste teostamiseks vajalikke lepinguid sõlmima hankemenetluse raames, kuivõrd see isik on hankija.

Näiteks *Mannessmann*'i kohtuasjas¹⁵³ oli kõnealuse eraõigusliku juriidilise isiku ülesandeks passide, juhilubade jm ametlike dokumentide trükkimisteenus, mis kuulub avalikes huvides täidetava ülesande alla, ning samal ajal tegeles ka muude trükkimisteenuste osutamisega tavapärase äritegevuse raames. Kohtu hinnangul ei ole oluline, et lisaks avalikes huvides täidetavale ülesandele tegeleb isik ka muude tegevustega äri eesmärgil, isegi kui see on suuremas osas kui avalikes huvides vajaduste rahuldamine. Oluline tingimus seejuures on, et avalikes huvides jätkatakse ülesande täitmist samaaegselt muu äritegevusega. Nimetatud tingimuste olemasolul kvalifitseerub eraõiguslik juriidiline isik hankijaks sätte teise eelduse - avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu - kohaselt ning kõik lepingud, mis see isik sõlmib, tuleb sõlmida hankemenetluse raames.

¹⁵¹ RKHKo 3-3-1-43-13, p 17.

¹⁵² (viide 68), p 36.

¹⁵³ (viide 141), p 22-26.

Samas on kohus seisukohal¹⁵⁴, et hankijana määratlemisel ei tule lähtuda eraõigusliku juriidilise isiku ema- või tütarettevõtte tegevusest, vaid arvesse tuleb võtta konkreetse isiku tegevuse asjaolusid. Sellest tulenevalt saab järeldada, et eraõiguslikku juriidilist isikut ennast ei saa pidada automaatselt hankijaks, kui see isik on hankija poolt asutatud või kui tema tegevust rahastatakse vahenditega, mis saadakse hankija tegevusest.

Eurpoopa Kohus on rõhutanud¹⁵⁵, et eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemise hindamisel on olulised nii juriidilised kui ka faktilised asjaolud ning igal üksikjuhtumil tuleb eraldi hinnata, kas eraõiguslik juriidiline isik asutati konkreetselt eesmärgiga teenida avalikust huvist tulenevaid vajadusi ja kas see tegevus vastab tegelikult nendele vajadustele, ning alles siis uurida, kas need vajadused on tööstuslikku või kaubanduslikku laadi.¹⁵⁶

Mittetulundusühingute puhul saab juba seadusest tulenevalt eeldada, et nende isikute põhitegevusest tulenevalt ei saa neil olla tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Nimelt MTÜS¹⁵⁷ § 1 lõige 1 kohaselt on mittetulundusühing isikute vabatahtlik ühendus, mille eesmärgiks või põhitegevuseks ei või olla majandustegevuse kaudu tulu saamine. See aga ei välista, et mittetulundusühingutel ei võiks olla ka kõrvaltegevusi tööstusliku ja ärilise iseloomuga.

Eesti õiguspraktikas on käsitlusele tulnud ka dotatsiooni andmine eraõiguslikule juriidilise isikule avalikes huvides osutatava teenuse eest. Kohus leidis, et kui riik maksab dotatsiooni, ei välista see teenuse ärilist iseloomu. Kohus eristas eraõiguslikule juriidilisele isikule dotatsiooni maksmist isiku avalikes huvides teenuse osutamise eest maksmisest. Olukorras, kus doteeritakse teenust, mitte isikut, saaksid dotatsiooni kõik ettevõtjad, kes sellist teenust turul osutaksid.¹⁵⁸ Seega ei ole dotatsiooni maksmine oluline asjaolu, mis viitab eraõiguslikust juriidilisest isikust hankijaks kvalifitseerimisele.

Eraõigusliku juriidilise isiku tööstuslik ja äriline iseloom sõltub suurel määral mitmetest tunnustustest, mis näitavad selle isiku osalemise põhjuseid asjaomasel kaubandusturul. Nii on vaja arvesse võtta, kas eraõiguslik juriidiline isik:

¹⁵⁴ Euroopa Kohtu otsus C-567/15, *LitSpecMet*, p 34; (viide 141), p 39.

¹⁵⁵ (viide 123), p 48-54.

¹⁵⁶ (viide 154), *LitSpecMet*, p 36.

¹⁵⁷ Mittetulundusühingute seadus – RT I, 19.03.2019, 24.

¹⁵⁸ Härginen/Vaske/Ginter. (viide 11), lk 238.

- tegutseb konkurentsitingimustes;
- tegutseb kasumi teenimise eesmärgil;
- kannab oma tegevusega seotud kahju.

Nendele küsimustele vastamine peaks olema piisav, et jõuda õigele järeldusele eraõigusliku juriidilise isiku tööstusliku ja ärilise iseloomu olemasolu suhtes. Siiski ei oma nimetatud tingimused üksi määravat jõudu. See, kas avalikud huvid vastavad kaubanduslikele vajadustele sõltub sellest, kas nimetatud tingimuste kombinatsioon viitab üldisele järeldusele, kas isik täidab ülesandeid avalikes huvides, mis ei ole pelgalt kaubanduslikud.¹⁵⁹ Autor selgitab magistritöö järgmistes alapeatükkides eelnimetatud kolme küsimust.

3.3.1 Kas eraõiguslik juriidiline isik tegutseb konkurentsitingimustes?

Üheks võimalikuks tingimuseks, mis näitab, kas eraõiguslik juriidiline isik täidab ülesannet avalikes huvides, millel on tööstuslik ja äriline iseloom, on isiku tegutsemine konkurentsitingimustes. Schmidt on defineerinud konkurentsi kui kahe või enama isiku püüdlemist ühe eesmärgi poole, kusjuures vähendab ühe isiku poolt eesmärgi saavutamine selle võimalikkust teiste puhul.¹⁶⁰

Euroopa Liidu riigihanke õiguses kehtiva konkurentsipõhimõtte eesmärgiks on soodustada liikmesriikide vahelist hankemenetlust ning võimaldada eraõiguslikel juriidilistel isikutel osaleda üksteise riigihangetes. See omakorda suurendab kaupade ja teenuste vaba liikumist Euroopa Liidu siseturul ning turu konkurentsivõimet. Seega on Euroopa Liidu konkurentsi soodustamise eesmärgiks turusisese majanduse edendamine ning paremate võimaluste loomine kaupade ja teenuste hankimisel.

Konkurentsitingimustes on juriidiline isik ärilise surve all teenida kasumit, mitte soodustada riiklike pakkujate tegevust. Kuigi direktiivi sõnastus viitab avalikele huvidele, millel puudub tööstuslik või äriline iseloom, lähtub Euroopa Kohus asjakohase turu konkurentsi hindamisel

¹⁵⁹ A. Brown. Cases C-223/99 and C-260/99: the definition of contracting authorities and of needs in the general interest that lack a commercial character. Public Procurement Law Review, 2001, 5, NA107-109, p 3.

¹⁶⁰ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Juridica 8/2007, lk 565.

sellest, kas isiku tegevus toimub äriilistel kaalutlustel.¹⁶¹ Täpsemalt, kas eraõiguslik juriidiline isik peab võistlema kaupade ja teenuste pakkumisel ning klientide leidmisel teiste sarnaste isikutega, eelkõige erasektoris. Seega on asjakohane, kas kõnealuses turusektoris ka reaalselt esineb konkurents, hinnates konkreetset eraõiguslikku juriidilist isikut ja turusektorit, milles isik tegutseb. Niisiis võib samade teenuste avalikkusele osutamine turu poolt välistada eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks kvalifitseerumise.¹⁶²

Kohus on rõhutanud, et konkurentsi olemasolu ei ole alati asjakohane küsimuses, kas avalik huvi on tööstusliku või ärilise iseloomuga. Nimelt asjaolu, et eraõiguslik juriidiline isik tegutseb märkimisväärse konkurentsiiga kaubandusturul võib üksnes viidata sellele, et isiku avalikes huvides täidetaval ülesandel on tööstuslik ja äriline iseloom.¹⁶³ Tähelepanu tuleb pöörata sellele, et eraõigusliku juriidilise isiku tegevusel eksisteeriks reaalne konkurents. Kui eraõiguslik juriidiline isik on osaliselt või täielikult vabastatud konkurentist, võib see viidata isiku tööstusliku ja ärilise iseloomuta tegevusele. Seega tegemist ei ole tavapärase turuolukorraga, kui avalik võim hangib kaupu või teenuseid näiteks enda omandis olevalt eraõiguslikult juriidiliselt isikult.

Turu konkurents ei saa olla kindlaks tingimuseks tööstusliku ja ärilise iseloomu olemasolu hindamisel, kuna konkurents ei ole piisav võimalus, mis välistab eraõigusliku juriidilise isiku valikut tegeleda muudel kui majanduslikel kaalutlustel.¹⁶⁴ Samas, kui avalikku huvi rahuldav tegevus toimub konkurentsitingimustes, on see siiski kaalukas põhjus hindamaks, kas avalikul huvil on tööstuslik või äriline iseloom.

Kohtujurist Colomer on öelnud, et konkurentsitaseme hindamisel ja tegevuse tööstuse või kaubandusega seotuks lugemisel tuleb arvestada turgu, mille tarvis isik loodi.¹⁶⁵ Näiteks *Ing. Aigner* kohtuasjas¹⁶⁶ on asjakohaseks turuks kaugkütte pakkumine jäätmete põletamise abil, kuivõrd eraõiguslik juriidiline isik *Fernwärme Wien* varustab Viini linna territooriumil

¹⁶¹ Arrowsmith, (viide 7), p 95.

¹⁶² Härginen/Vaske/Ginter, (viide 11), lk 241.

¹⁶³ (viide 120), p 49; (viide 154), *LitSpecMet*, p 45.

¹⁶⁴ C. H. Bovis. Public Procurement, State Aid and Services of General Economic Interest, p 5. – Arvutivõrgus kättesaadav: www.era-comm.eu/uncrpd/kiosk/speakers_contributions/111DV67/Bovis_paper.pdf (13.04.2019)

¹⁶⁵ (viide 29), Colomer ettepanek p 53.

¹⁶⁶ (viide 100).

elamispingu, avalikke asutusi, kontoreid ja ettevõtjaid kaugküttega, milleks kasutab taastumatute energiaallikate asemel energiat, mis pärineb jäätmetest. Seega isiku asutamise eesmärgi korral on asjakohane turg see, mille tarvis isik loodi ning isiku konkreetse tegevuse korral vastavate kaupade või teenuste pakkumise turg.

Eraõiguslik juriidiline isik ei tegutse konkurentsitingimustes, kui äriühingu tegevus hõlmab kaupade või teenuste pakkumist väga konkurentsivõimelisel turul, kuid sellele äriühingule on riik andnud erilised õigused konkreetse ülesande täitmisel või kui sellel isikul on muul viisil eriline positsioon. Sellisel juhul eeldatakse, et eraõiguslik juriidiline isik on hankija.

Üheks selliseks võimaluseks on eraõigusliku juriidilise isiku monopoolne seisund teenuse osutamisel. Juhul, kui isik on konkurentsitingimustes monopoolses seisus, eeldatakse, et isik tegutseb avalikes huvides ilma tööstusliku ja ärilise eesmärgita. Siiski ei ole eraõigusliku juriidilise isiku monopoolne seisund tingimus, mille täidetusel isik oleks automaatselt hankija. Seda tingimust tuleb arvesse võtta koosmõjus teiste tunnustega, mis on iseloomulikud avalikes huvides täidetavale ülesandele, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu.

Nii tuvastas Euroopa Kohus¹⁶⁷, et eraõiguslik juriidiline isik *Fernwärme Wien* ei tegutse konkurentsitingimustes. Nimelt on isik jäätmete põletamisest saadava energia kasutamise teel Viini kaugkütte turul sisuliselt monopoolses seisus, kuna kaks ülejäänud selles tegutsevat äriühingut ei ole väga suured ega saa seetõttu kujutada endast tegelikke konkurente. Lisaks on see sektor märkimisväärselt sõltumatu, kuna kaugküte on väga keeruline asendada muu energiaga, sest see nõuab olulisi ümberehitustöid. Lisaks peab Viini linn seda küttesüsteemi erakordselt tähtsaks muuhulgas ka keskkonnakaalutlustel ning avaliku arvamuse surve tõttu ei lubaks selle kaotamist ka siis, kui see tegutseks kahjumiga. Kuivõrd *Fernwärme Wien* on spetsiifilise kaugkütte turul ainus ettevõtja, kes suudab avalikest huvidest tulenevaid vajadusi täita, võib ta seejuures majanduslikest kaalutlustest mitte lähtuda.¹⁶⁸

Konkurentsiseaduse¹⁶⁹ kohaselt on eraõiguslik juriidiline isik monopoolses seisus, kui omab turgu valitsevat seisundit. Turgu valitsev positsioon võimaldab eraõiguslikul juriidilisel isikul

¹⁶⁷ (viide 100), p 44.

¹⁶⁸ Euroopa Kohtu otsus C-393/06, *Ing. Aigner*, kohtujuristi D. R.-J. Colomer ettepanek p 57.

¹⁶⁹ Konkurentsiseadus – RT I, 13.03.2019, 92.

konkreetsel kaubaturul tegutseda arvestataval määral sõltumatult konkurentidest, varustajatest ja ostjatest. Turgu valitseva seisundi omamist eeldatakse, kui eraõiguslikule juriidilisele isikule kuulub kaubaturul vähemalt 40 protsenti käibest.

Euroopa Kohus ei ole andnud täpseid suuniseid selle kohta, millises ulatuses peaks konkurents eksisteerima, et eraõigusliku juriidilise isiku tegevus vastaks tööstuslikule või ärilisele iseloomule hankemenetluse õiguse raames.

Teiseks võimaluseks, kui eraõiguslik juriidiline isik ei tegutse riigihangete seaduse tähenduses konkurentsiolekorrast on siis, kui isik tegutseb küll konkurentsitingimustes kaubanduslikul eesmärgil, aga avalik võim on maandanud isiku äririskid teenuse osutamisel ning seisab hea selle eest, et isik suudaks jätkusuutlikult seda teenust edasi osutada avalikes huvides.

Nii järeldas kohus *Korhonen*'i kohtuasjas, kus äriühing investeeris kinnisvarasse eesmärgiga rentida need erasektori tehnoloogiaettevõtetele, et teostada kohaliku omavalitsuse poliitikat läbi tehnoloogia arenduskeskuse loomise. Sarnaselt eelmisele kohtuasjale leidis Euroopa Kohus siingi, et eraõigusliku juriidilise isiku tegevus vastab üldise huviga seotud vajadustele, kuivõrd need on kohased kohaliku piirkonna majanduslike ja sotsiaalsete väärtuste suurendamiseks. Kuid kui kohus leidis, et messide ja näituste korraldamine on tööstusliku ja kaubandusliku iseloomuga tegevus, siis tehnoloogia arenduskeskuse loomine on küll kaubanduslik tegevus, aga sellise tegevuse peamine eesmärk ei olnud kasumi teenimine. Nimelt selline eraõiguslik juriidiline isik, nagu kõnealuses kohtuasjas, on küll majanduslike riskide all ja omab pankrotti minemise võimalust, kuid piirkondlikud ja kohalikud omavalitsused, kellele nad kuuluvad, võimaldavad sellisel äriühingul harva ohtu sattuda ja vajaduse korral rekapitalizeeriks need äriühingud, et nad saaksid jätkuvalt hoolitseda nende ülesannete eest, mille jaoks nad on loodud – kohaliku majandustegevuse edendamine.¹⁷⁰

Sama seisukoha on andnud kohtujurist *Colomer*¹⁷¹ ringhäälinguorganisatsioonide konkurentsipositsiooni kohta. Nimelt, arvestades raadio- ja televisioonimaksu kogumise

¹⁷⁰ A. Brown. Whether a publicly owned property developer is a "contracting authority": a note on case C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v Varkauden Taitotalo Oy*. *Public Procurement Law Review*, 2003, 6, NA139-143, p 3.

¹⁷¹ (viide 29), *Colomer*, p 62-63.

struktuuri, mis on asutatud konkreetse seaduse alusel ja millel on avalikust õigusest tulenevad volitused, ei saa väita, et rahalised vahendid, mis on mõeldud selleks, et rahuldada avalikest huvidest tulenevat vajadust avaliku programmi järgi, luuakse turutingimustest sõltumatult. Kohtujurist oli arvamisel, et rahaline tulu, mis ringhäälinguorganisatsioonid maksust saavad, ei tule konkurentidega võisteldes pakutavatest teenustest, vaid see makstakse kinni avalikkuse poolt, ilma et ringhäälinguorganisatsioonidel oleks vaja muretseda selle pärast, kas tarbija nende audiovisuaalsete programmide pakkumist tegelikult kasutab. Seega on ringhäälinguorganisatsioonid vabastatud kindlusetusest oma tulu suhtes, kuivõrd nende tegutsemine ärimaailmas on kaitstud riigi tagatisega. Isegi kui vahendid pärinevad erasektorist, ei erine see meetod sellest, kuidas need organisatsioonid oma rahavood kindlustavad, võrreldes sellega kui kapitali annaks nende käsutusse riik.

Eraõigusliku juriidilise isiku tegutsemist konkreetsetel turul peab hindama riigisisene kohus, kuivõrd omab täpset ülevaadet asjaomasel turul konkurentsitingimuste kohta.

Adolf Truley kohtuasjas¹⁷², milles käsitleti matuseteenuseid, leidis kinnitust asjaolu, et Austrias ei olnud matuseteenuse osutamine antud ühele konkreetsele juriidilisele isikule ning selle tegevuse jaoks puudus territoriaalne piirang. Matuseteenuseid pakkuvaid ettevõtteid oli Austrias üle 500, kuid Viini kohalikul turul puudus selles vallas konkurents. Samas oli matuseteenuse osutamise eelduseks konkreetne tegevusluba, mis sõltus avalikest huvidest ja kohalike omavalitsuste matuseteenuse osutamist reguleerivatest seadustest ning ministri kehtestatud matuseteenuse maksimumhindadest kas kogu riigile, haldusüksusele või kohalikule omavalitsusele. Ühtlasi oli Viini linn kohustatud ise kandma matusekulud, kui surnu ei olnud maetud kindla ajaperioodi jooksul või kui matusekulud ei olnud võimalik katta surnu pärandist. Antud asjas ei andnud kohus seisukohta selle kohta, kas eraõiguslik juriidiline isik tegutseb matuseteenuse osutamise turul konkurentsitingimustes, vaid andis selle siseriiklikule kohtule hindamiseks. Nimelt on siseriikliku kohtu ülesanne analüüsida, võttes arvesse kõiki asjakohaseid õiguslikke ja faktilisi asjaolusid, kas isiku asutamise ajal ning tema reaalse tegevuse teostamise ajal esineb ülesande täitmisel avalik huvi, millel on tööstuslik või äriiline iseloom. Siiski kordas kohus põhimõtet, et üksnes märkimisväärne konkurentsi olemasolu ei ole piisav hindamaks, kas isik tegutseb eesmärgiga rahuldada vajadusi avalikes huvides.

¹⁷² Trepte, (viide 113), lk 115; (viide 21), p 7 jj.

Kui eraõiguslik juriidiline isik tegutseb avalikes huvides, kuid konkurentsitingimustes, siis suure tõenäosusega see isik ei kvalifitseeru eraõiguslikust juriidilisest isikust hankijaks. Peamiseks põhjuseks on see, et äritegevusel ja arenenud konkurentsil on tihe seos. Samas konkurentsi olemasolu fakt üksi ei ole piisav hindamaks, kas tegevusel on avaliku huvi kriteerium täidetud. Alati peab kontrollima kõiki asjassepuutuvaid asjaolusid. Seega arenenud konkurentsi esinemine ei ole ammendav argument, mis välistaks eraõigusliku juriidilise isiku avaliku sektori hankijaks määratlemise.

Nimelt ütles *Agorà* otsuses¹⁷³ Euroopa Kohus, et messide, näituste ja konverentside korraldamisega tegelev eraõiguslik juriidiline isik *Ente Fiera* pakub eksponentidele teenust tasu eest. Isik tegutseb kaubandusliku tegevusega, kuivõrd nii eksponendid, kes reklaamivad oma tooteid ja teenuseid, kui ka tarbijad, kes koguvad teadmisi paremate ostude sooritamiseks, saavad seeläbi kasu. Kuigi *Ente Fiera* on mittetulundusühing, tegutseb ta vastavalt tulemuslikkuse, tõhususe ja kulutõhususe kriteeriumidele. Lisaks leidis kohus, et messide ja näituste korraldamine on äritegevus, mis ei hõlma vajadusi, mida riik üldjuhul otsustab ise täita või kontrollida. Seega, kuigi *Ente Fiera* tegutseb avalikes huvides, soodustades messide, näituste ja konverentside korraldamisega kaubandussuhteid, tegutseb ta märkimisväärse konkurentsiiga turul kaubanduslikel eesmärkidel. Seejuures on eriti oluline asjaolu, et eraõiguslik juriidiline isik pakub oma organisatsiooni teenuseid eraisikutele tasu eest ja konkureerib teiste messide ja näituste korraldajatega. Antud kohtuasjas võttis kohus otsuse tegemisel arvesse ka komisjoni teatist ühtse turu eeskirjade kohaldamise kohta messide ja näituste sektoris, mis kinnitab, et messide ja näituste korraldamine on tööstuslik või kaubanduslik tegevus.¹⁷⁴

Konkurentsitaseme hindamisel tuleb muuhulgas alati lähtuda hankedirektiivide põhieesmärgist, st teenuste vabast liikumisest ning avatud ja ausa konkurentsi võimalikult laia levikust kõikides liikmesriikides. See tähendab, et oleks tagatud turu konkurents ja kaitse selle loomuliku toimimise häirimise või moonutamise vastu eraõiguslike juriidiliste isikute poolt, kes tegutsevad väljaspool vabakaubanduse põhimõtteid. Seepärast ei ole määrav mitte see, kas eraõiguslik juriidiline isik osutab teenust iseenesest avalikes huvides, vaid küsimus, kas ta

¹⁷³ (viide 122), p 35-42; Brown, (viide 159), p 2.

¹⁷⁴ Trepte, (viide 113), lk 117.

toimib samadel tingimustel, mis on isiku võimalikel konkurentidel, st ilma stiimuliteta anda kodumaistele tootjatele õigustamatuid eeliseid.¹⁷⁵

3.3.2 Kas eraõiguslik juriidiline isik tegutseb kasumi teenimise eesmärgil?

Eraõiguslike juriidiliste isikute, v.a mittetulundusühingu ja sihtasutuse, peamine eesmärk on tulu teenimine. Samas ei välista nimetatu, et isik ei võiks vaatamata tulu teenimisele täita teatud ülesandeid ka avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku või ärilist iseloomu. Hankijaks määratlemisel on petlik lähtuda üksnes isiku juriidilisest vormist, kuna riigihanke õiguses tuleb isiku hankijastaatuse hindamisel rakendada funktsionaalset tõlgendamist. Asjaolu, et eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärk on tulu teenimine, ei välista automaatselt isiku hankijaks kvalifitseerimist. Seetõttu omab isiku tegevuse ärilise aspekti hindamine olulist rolli asjaolude kogumis hankija määratlemisel.

Eraõigusliku juriidilise isiku tulu teenimise eesmärki saab üldjuhul lihtsasti tuvastada isiku põhikirjast. Näiteks on VAKO hinnanud AS-i Uikala Prügila tegevuse tööstuslikku ja ärilist iseloomu. VAKO on AS-i Uikala Prügila põhikirjast tulenevalt eeldanud tööstusliku ja ärilise iseloomu olemasolu, kuivõrd isiku tegevuse eesmärgiks on majandustegevuse arendamine ja isiku vahendite otstarbekas kasutamine ja selle baasil seltsile kasumi saamine.¹⁷⁶

Alati ei tegutse eraõiguslik juriidiline isik kasumi teenimise eesmärgil. Sellisteks isikuteks on RHS § 5 lg 2 punktis 5 hõlmatud isikutest eelkõige mittetulundusühingud, mida juhitakse tulemuslikkuse, tõhususe ja kulutõhususe eesmärkidest lähtuvalt ning isiku kasumi teenimise põhieesmärk on seadusega¹⁷⁷ välistatud. Hoolimata eelnevast võib mittetulundusühing kasumit teenida kõrvaltegevustega. Näiteks võib mittetulundusühing tegutseda nii avalikes huvides ehk ühiskonna hüveks kui ka väiksema piirkonna huvides või hoopis meelelahutuseks ja hobide

¹⁷⁵ Euroopa Kohtu otsus C-567/15, *LitSpecMet*, kohtujuristi M. C.-S.-Bordona ettepanek, p 55.

¹⁷⁶ VAKO, 02.07.2014, 153-14/151393, AS Uikala Prügila, p 7.1.

¹⁷⁷ (viide 157), § 1 lg 1 - Mittetulundusühing on isikute vabatahtlik ühendus, mille eesmärgiks või põhitegevuseks ei või olla majandustegevuse kaudu tulu saamine.

harrastamiseks¹⁷⁸. Kui nende tegevuste puhul kaasneb isikule kasum, siis tegemist on teisejärgulise eesmärgiga ja avaliku huvi tööstusliku ja ärilise iseloomu hindamisele ei oma mõju.

Juhul, kui eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärgiks ei ole tulu teenimine, kuid selle isiku tegevusega võib kaasneda tulu teenimine, siis viimane ei oma tähtsust ning isik kvalifitseerub hankijaks. Euroopa Kohus asus seisukohale, et kui eraõiguslik juriidiline isik on seadusest tulenevalt asutatud eelkõige eesmärgiga ellu viia avaliku võimu poliitikat, peavad nad alati olema suunatud avalike huvide edendamisele ning kasumi teenimine on teisejärguline eesmärk.¹⁷⁹ Lihtsamalt öeldes, kasumi teenimise eesmärk ei ole määrav tööstusliku ja ärilise iseloomu hindamiseks, kui isiku asutamisel on prioriteediks olnud avalikes huvides tegutsemine. Seega saab järeldada, et kui eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärk ei ole kasumi teenimine, tegutseb see isik suure tõenäosusega avalikes huvides.¹⁸⁰

Näiteks, kui kohaliku omavalitsuse omandis olev eraõiguslik juriidiline isik on seadusest tulenevalt asutatud eesmärgiga investeerida kinnisvarasse, eelkõige rentida need erasektori tehnoloogiaettevõtetele, et teostada kohaliku omavalitsuse poliitikat läbi tehnoloogia arenduskeskuse loomise ning kui sellise tegevusega teenib isik tulu, siis hoolimata viimasest on eraõiguslik juriidiline isik hankija.¹⁸¹ Veelgi enam, kui kohaliku omavalitsuse seadus keelab kohalikel omavalitsustel asutada äriühingut kasumi teenimise eesmärgil, on see otseses vastuolus tööstusliku ja ärilise iseloomuga.¹⁸² Seega sellise eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärgiks ei olnud tulu teenimine, vaid avalikes huvides teenuste osutamine.

Ka juhul, kui eraõiguslik juriidiline isik on asutatud eesmärgiga tagada elanikkonnale avalik hüve, siis sellise tegevusega kaasnev tulu teenimine ei kvalifitseeru tööstusliku ja ärilise iseloomu kriteeriumi eelduseks. See on nii siis, kui eraõiguslik juriidiline isik jätkab avalikest huvidest tulenevate ülesannete täitmist lisaks tulu teenimisele. Nimetatud asjaolude olemasolul

¹⁷⁸ A. Kangust. Kuidas kajastada ühenduste tulusid ja kulusid? - Äripäev, Raamatupidaja.ee, 19.11.2015. – Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.raamatupidaja.ee/uudised/2015/11/19/kuidas-kajastada-uhenduste-tulusid-ja-kulusid> (26.04.2019)

¹⁷⁹ (viide 123), p 54.

¹⁸⁰ Euroopa Kohtu lahend C-18/01, *Korhonen*, kohtujuristi Alber ettepanek, p 48.

¹⁸¹ (viide 123), p 41-45, 54.

¹⁸² (viide 180), Alber, p 74.

on isik loodud või tegutseb avalikes huvides, millel puudub tööstuslik või äriine iseloom ning talle kohaldub hanke korraldamise kohustus.

Euroopa Kohus *Ing. Aigner*'i kohtuasjas¹⁸³ ütles, et kui eraõiguslik juriidiline isik on asutatud eesmärgiga tagada linna territooriumil küttega varustatus, on selge, et sellise isiku asutamisel ei olnud esikohal kasumi teenimise huvid. Kuigi ei ole välistatud, et sellise tegevusega võib isikule kaasneda ka kasum, mida jaotatakse dividendidena isiku osanikele, ei ole kasumi teenimine esmane eraõigusliku juriidilise isiku eesmärk. Kui eraõiguslik juriidiline isik jätkab avalikest huvidest tulenevate vajaduste rahuldamisega, ei ole tähtsust asjaolul, et isik tegeleb lisaks asutamise eesmärgiks olevale tegevusele ka muude kõrvaltegevustega kasumi teenimise eesmärgil. Muuhulgas ei ole eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemisel oluline, millist osa etendavad tema tegevusalade kogumis tulundustegevused.

Eesti kohtupraktikas on eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemise hindamisel samuti peetud oluliseks isiku kasumi teenimise asjaolu. Nimelt on kinnitatud Euroopa Kohtu eelpool mainitud kohtupraktikat ja öeldud, et eraõigusliku juriidilise isiku avalikes huvides tegutsemisega kaasnev kasumi teenimine ei muuda isiku tegevuse iseloomu. Seda isegi siis, kui eraõiguslikule isikule makstakse dotatsiooni.¹⁸⁴

Euroopa Kohtus on analüüsitud veel küsimust, kas hankija omandis olev eraõiguslik juriidiline isik, st hankijast emaettevõtja omandis olev tütarettevõtja, osutab teenust avalikes huvides ning kas sellel teenusel on tööstuslik või äriine iseloom. Nimelt kohtuasjas *LitSpecMet*¹⁸⁵ võttis kohus seisukoha, kas Leedu Raudtee ainuomandis olev eraõiguslik juriidiline isik VLRD tegutseb avalikes huvides, millel puudub tööstuslik ja äriine iseloom. VLRD oli Leedu Raudtee peamine klient ning viimase tellimused moodustasid ca 90% VLRD käibest. VLRD põhitegevusala on vedurite, vagunite, elektrivedurite ja liikurmasinate tootmine ja hooldamine, mis aitavad tagada Leedu Raudtee reisijate- ja kaubaveotegevust. Seega oli VLRD sisuliselt loodud ja vajalik selleks, et rahuldada Leedu Raudtee, st riigi rahastatud ja avaliku teenindamise kohustust täitva isiku, avalikest huvidest tulenevaid vajadusi. Nii järeldas Euroopa Kohus, et VLRD tegevus on samuti seotud teenuse pakkumisega avalikes huvides.

¹⁸³ (viide 100), p 42, 47.

¹⁸⁴ TlnRnK 3-16-750, p 12.

¹⁸⁵ (viide 154), *LitSpecMet*, p 9-10, 13, 37

Seega ei piisa üksnes eraõigusliku juriidilise isiku õigusliku vormi tuvastamisest, et välja selgitada isiku tööstuslikku või ärilist iseloomu kasumi teenimise eesmärgist lähtuvalt. Isiku vormist, mis võimaldab kasumit teenida, ei tohi teha ennatlikke järeldusi, et kogu isiku tegevus oleks tööstusliku või ärilise iseloomuga. Vajalik on tuvastada, kas isiku asutamisel oli esikohal kasumi teenimise eesmärk. Ka ei piisa sellest, kui tõendatakse, et isik on avaliku sektori hankijaga seotud. Lisaks on vaja tõendada, et avaliku sektori hankijaga seotud eraõiguslik juriidiline isik tegutseb üldistes huvides ning ei tegutse tööstuslikul või ärilisel eesmärgil.¹⁸⁶ Seega, RHS § 5 lg 2 punktis 5 sätestatud avaliku huvi, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, kriteeriumi kohaselt on võimalik, et eraõiguslik juriidiline isik kvalifitseerub hankijaks, kui lisaks avaliku huvi teenivale tegevusele tegeleb isik kasumi saamise eesmärgil ka muu tegevusega. Kui tuvastatakse, et eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärk ei olnud tulu teenimine, kuigi isiku tegevusega kaasneb kasum, on eraõiguslik juriidiline isik kohustatud alluma riigihangete läbiviimise kohustusele.

3.3.3 Kas eraõiguslik juriidiline isik kannab oma tegevusega seotud kahju?

Euroopa Kohus on rõhutanud, et avaliku huvi tööstusliku ja ärilise iseloomu hindamisel on oluline ka asjaolu, kas eraõiguslik juriidiline isik kannab oma majandustegevusega kaasnevaid riske. Tavapäraselt on juriidiline isik kasumit taotlev asutus ning kannab ise oma tegevusega seotud riske. Juhul, kui eraõiguslik juriidiline isik kannab oma tegevusega kaasnevat kahju, võib see riigihanke õiguse raames viidata tegevuse tööstuslikule või ärilisele iseloomule, mis välistab RHS § 5 lg 2 punkti 5 kohaldumise antud isiku suhtes.

Eraõigusliku juriidilise isiku majandustegevusega kaasneva riski ja kahjumi hindamisel tuleb lähtuda asjaolust, kas eksisteerivad mehhanismid majandusliku kahju korvamiseks. Euroopa Kohus on öelnud¹⁸⁷, et „majandusliku riski kandmisena käsitatakse riigi (või muu omanikust hankija) poolt kahjude kompenseerimise mehhanismi, mis võimaldaks kahjumi katta või pankrotti vältida. Kui riik või kohalik omavalitsus omanikuna kannab eraõigusliku juriidilise isiku tegevusega seotud kahjumit või omanik tõenäoliselt ei lase tal halbade majandustulemuste

¹⁸⁶ (viide 175), C.-S.-Bordona, p 19.

¹⁸⁷ (viide 122), p 40.

korral pankrotistuda, ei kanna eraõiguslik juriidiline isik enda tegevusega seonduvat majanduslikku riski¹⁸⁸. Sel juhul on isik suure tõenäosusega hankija.

Tavapäraselt on eraõigusliku juriidilise isiku majanduslikud riskid maandatud avaliku võimu poolt siis, kui viimasel on kõrgendatud huvi, et isik osutaks teenust avalikes huvides järjepidevalt. Üldjuhul on avalikul võimul kõrgendatud huvi teatud teenuste katkematule osutamisele siis, kui need on seotud avaliku võimu kohustuste täitmisega. Näiteks võib avalik võim eraõigusliku juriidilise isiku riskid maandada, kui viimane osutab teenuseid riigi poliitika elluviimise eesmärgil.

Nii leidis Euroopa Kohus kohtuasjas *SIEPSA*¹⁸⁹, et eraõigusliku juriidilise isiku ainuomanik, Hispaania riik, võtaks tõenäoliselt kasutusele kõik vajalikud meetmed, et välistada isiku pankrotistumist, sest eraõiguslik juriidiline isik oli asutatud eesmärgiga ellu viia Hispaania riigi kriminaalpoliitikat. Kohus leidis, et kuigi puudusid mehhanismid eraõigusliku juriidilise isiku majanduslike riskide korvamiseks, on vähetõenäoline, et selline isik peaks ise kandma oma tegevusega seotud kahju. Seega isegi, kui ei ole välja töötatud eraõigusliku juriidilise isiku tegevusega kaasnevate majanduslike riskide korvamise süsteemi, saab eeldada isiku asutamise eesmärgist tulenevalt tema tegevuse tööstusliku ja ärilise iseloomu puudumist, kuna isik ei kanna ise oma tegevuse majandusriske.

Eelnevat kinnitas Euroopa Kohus *Korhonen*'i kohtuasjas¹⁹⁰, milles analüüsis, kas Soome kohaliku omavalitsuse omandis oleva eraõigusliku juriidilise isiku tegevus on avalikes huvides, millel puudub tööstuslik ja äriline iseloom, sh kas nimetatud isik kannab ise oma majandustegevusega kaasnevaid riske. Kõnealuse isiku asutamise eesmärk oli kinnisvara ostmine, müümine ja rentimine ning kinnisvara hooldusteenuste korraldamine. Muuhulgas oli eraõigusliku juriidilise isiku ülesanne ehitada hoone, mille ruume renditakse tehnoloogiasektori ettevõtetele, et teostada kohaliku omavalitsuse poliitikat läbi tehnoloogia arenduskeskuse loomise. Antud menetluse käigus märkis Soome kohalik omavalitsus¹⁹¹, et eraõiguslik juriidiline isik kannab teoreetiliselt majanduslikke riske ja võib pankrotistuda, st tegeleb

¹⁸⁸ Härjinen/Vaske/Ginter, (viide 11), lk 239.

¹⁸⁹ (viide 5), p 91.

¹⁹⁰ (viide 123).

¹⁹¹ Brown, (viide 170), lk 3

tavapärase majandustegevusega. Ent kohalik omavalitsus võimaldab sellisel isikul harva ohtu sattuda ja vajaduse korral rekapiitalizeeriks isiku, et viimane saaks jätkuvalt hoolitseda avalike huvide eest, mille jaoks ta loodi. Antud kohtuasjas kohaliku piirkonna majanduslike ja sotsiaalsete väärtuste suurendamiseks. Eelnevale tuginedes jõudis kohus järeldusele, et eraõiguslik juriidiline isik tegutses avalikes huvides ning sellel tegevusel puudus tööstuslik ja äriline iseloom, kuivõrd isik ei kandnud ise oma majandustegevusega kaasnevaid riske.

Kui eraõiguslik juriidiline isik tegutseb tavapärasel turutingimustel, eesmärgiga teenida kasumit ning isik kannab tegevusega kaasnevaid riske, on väheusutav, et tegevusel puudub äriline või tööstuslik iseloom.

Näiteks *Agora*¹⁹² kohtuasjas rahvusvahelisi messe korraldav äriühing tegutses avalikes huvides, kuid kandis ise oma tegevusega seonduvat majanduslikku riski, sest isikul puudus igasugune kahju hüvitamise mehhanism. Sellest järeldub, et isiku avalikes huvides täidetaval ülesandel on tööstuslik ja äriline iseloom. Kuigi eraõiguslik juriidiline isik tegutses avalikes huvides, tegeles ta ka kasumi teenimise eesmärgil ning viimane välistas isiku kvalifitseerumise hankjaks.

“Oluline on juhtida tähelepanu, et eraõigusliku juriidilise isiku rahalise riski kandmise võib riik isiku omaniku või kontrollijana olla võtnud lisaks põhikirjale (või mistahes muus omaniku tahet kajastavas dokumendis) üle ka riigisisese õigusega.”¹⁹³ Nii asus Euroopa Kohus seisukohale kohtuasjas *Norma-A ja Dekom*¹⁹⁴, kus eraõigusliku juriidilise isiku teenuse realiseerimisega seotud riskid olid avalik-õiguslike õigusnormide tõttu avaliku võimu kanda. Nimelt oli seadusega sätestatud, et riik hüvitab eraõigusliku juriidilise isiku ühistransporditeenuse osutamisega seotud kahjumi jättes välja isiku enda ühistransporditeenuste osutamisest saadavad tulud. Seega järeldas kohus, et riik kannab suure osa turul esinevate ettenägematustega seotud riskist. Ühtlasi välistab see eraõigusliku juriidilise isiku tegevuse tööstusliku ja ärilise iseloomu ning isik on hankija. Nüüsiis võib ka riigisisene õigus mõjutada eraõigusliku juriidilise isiku tegevusega seotud majanduslike riskide kandmist.

¹⁹² (viide 122), p 39-40.

¹⁹³ Härjinen/Vaske/Ginter, (viide 11), lk 239

¹⁹⁴ Euroopa Kohtu otsus C-348/10, *Norma-A ja Dekom*, p 51-55.

Arvestades eeltoodut, mõjutab eraõigusliku juriidilise isiku avaliku huvi tööstusliku ja ärilise iseloomu hindamist asjaolu, kas isik kannab ise oma majandustegevusega kaasnevaid riske. Kui eksisteerivad mehhanismid eraõigusliku juriidilise isiku majandusliku kahju korvamiseks, ei ole eelduslikult isiku avalikes huvides tegutsemisel tööstuslikku või ärilist iseloomu.

KOKKUVÕTE

Tänapäeval omavad üha rohkem avalik ja eraõigus sarnaseid tunnuseid ning esineb avalik-õiguslike ja eraõiguslike isikute vahelist koostööd. See tuleneb vajadusest parandada avalikes huvides täidetavate ülesannete efektiivsust, vähendada avaliku võimu kulusid ning suurendada konkurentsi ja avada turgu laiemale hulgale isikutele. Sellest tingituna saavad mitmed eraõiguslikud juriidilised isikud hankemenetluse kaudu täita avaliku võimu kohustusi ja ülesandeid.

Riigihangete seadus näeb ette, et avaliku sektori hankija on eraõiguslik juriidiline isik, mida põhiliselt rahastavad või mille juhtimis- või järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määravad või mille juhtimist muul viisil kontrollivad koos või eraldi käesoleva lõike punktides 1–3 nimetatud hankijad või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud ja mis on asutatud eesmärgiga täita põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Nimetatud säte on üle võetud direktiivist 2014/24/EL ning kohaldub kõikide Euroopa Liidu riikide suhtes samamoodi.

Käesoleva magistritöö eesmärgiks on tuvastada, kes on RHS § 5 lg 2 punktis 5 sätestatud eraõiguslik juriidiline isik avaliku sektori hankijana. Selleks selgitab autor magistritöös eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija kahte kumulatiivset tunnust:

- rahastamise ning juhtimis- ja järelevalvekriteeriumit;
- ning eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärgi kriteeriumit, st avaliku huvi ning tööstusliku ja ärilise iseloomu mõistete sisu.

Eraõigusliku juriidilise isiku hankijana määratlemise analüüs on üks riigihankeõiguse keerukamaid küsimusi. Keerukus tuleneb sellest, et kuigi seadus ütleb, millistest eeldustest lähtuvalt tuleks avalik-õiguslikku isikut hankijaks pidada, sisaldavad need eeldused määratlemata õigusmõisteid. Seega tuleb iga kord kehtestatud eelduseid juhtumipõhiselt analüüsida. Euroopa Liidu õiguse ühetaolise kohaldamise vajadusest ning võrdsusprintsibiist lähtudes tuleb hankedirektiivi üheselt ja järjekindlalt tõlgendada. Tulenevalt sellest on Euroopa Kohus leidnud, et mõistetele tuleb anda autonoomne ja ühtne tõlgendus.

Eesti asjaomases kohtupraktikas analüüsitakse peamiselt eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija ärilise eesmärgi ja avaliku huvi teenimise eristamist. Ka Euroopa Kohus on neid

teemasid ulatuslikult käsitletud. Isiku rahastamise ning juhtimis- ja järelvalvekriteerium on saanud vähem tähelepanu. Autor leiab, et kuigi sellise hankija rahastamise kriteerium võib tunduda selge ja lihtne, on siiski ka see osutunud keeruliseks. Nimelt peab eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija olema rahastatud seaduses sätestatud ulatuses ja viisil avaliku võimu poolt. Ent riigihangete seaduses ega direktiivis ei ole täpselt määratletud sellise isiku rahastamise tingimused, mis annab alust sätte väärale tõlgendamisele.

Magistritöö esimeses ja teises peatükis analüüsib autor eraõigusliku juriidilise isiku RHS § 5 lg 2 punktis 5 sätestatud esimest eeldust - rahastamise ning juhtimis- ja järelvalvekriteeriumit. Need on eraõiguslikust juriidilisest isikust hankija kolm alternatiivset „vahetu sõltuvuse“ vormi avalikust võimust, st riigist, kohalikust omavalitsusest või teistest avalik-õiguslikest isikutest. Nimetatud kriteeriumid näitavad tihedat seost avaliku võimu organiga, kuna võimaldavad viimasel mõjutada eraõigusliku juriidilise isiku otsuseid riigihankemenetluses.

Autor jõudis järeldusele, et eraõigusliku juriidilisest isikust hankija rahastamisega on tegemist siis, kui rahastamine

- toimub toetuse või maksena otseselt riigieelarvevahenditest või kaudselt mõnelt teiselt riigiasutuselt või avaliku sektori hankijalt;
- toimub avalikult võimult enam kui poole ulatuses isiku eelarveaasta kogutulust, st rohkem kui 50% ning
- ei nõua vastusooritust.

Tegemist on kumulatiivsete tunnustega, st kõik eelpool nimetatud tingimused peavad olema täidetud samaaegselt.

Eraõigusliku juriidilise isiku tulud võivad pärineda mitmest erinevast allikast ning selleks, et õigesti kindlaks määrata isiku avaliku sektori rahastamise protsent, tuleb arvesse võtta kõiki eraõigusliku juriidilise isiku tulusid, sealhulgas äritegevusest tulenevat tulu. Ent eraõigusliku juriidilise isiku avalikust sektorist pärineva rahastuse suurus võib ajas muutuda. Hankemenetluse õiguskindluse ja läbipaistvuse tagamiseks tuleb avalikest vahenditest saadud rahastuse protsendimäära arvutada isiku eelarveaasta alguses saadaolevate andmete alusel, isegi kui need on esialgsed. Arvutused tehakse selle eelarveaasta kohta, mil hankemenetlus algab. Juhul, kui hankemenetluse käigus toimuvad rahastamises mistahes muudatused kohalduvad hankemenetluse nõuded eraõiguslikule juriidilisele isikule seni, kuni asjaomane hankemenetlus on lõpule viidud.

Eraõiguslikku juriidilist isikut juhib riigihangete seaduse tähenduses avaliku sektori hankija, kui teda juhib avalik võim rohkem kui poole ulatuses selle isiku liikmetest. Juhtimise kriteerium on seotud riigiasutuste ja ametnike otsese osalemisega isiku juhtimises. Tingimus on täidetud näiteks siis, kui valitsusasutus on asutanud isiku, kelle põhikiri ja selle kõik muudatused peavad olema heaks kiidetud ministri poolt; kui minister nimetab ametisse isiku juhtkonna ning määrab nende töötasud; kui minister peab audiitori ametisse nimetama ning kui isik on kohustatud järgima riigipoliitikat ja ministri määruseid.

Eraõigusliku juriidilise isiku järelevalvekriteerium on täidetud, kui tema üle teostab järelevalvet avalik võim rohkem kui poole ulatuses selle isiku liikmetest. Järelevalvekriteerium on laiem tähendusega ning ulatub kaugemale üksnes isiku üldisest haldus- ja finantsasjade kontrollimisest avaliku sektori hankija poolt. Järelevalvekriteeriumi puhul on vaja kaaluda, kas kontrollid, millele eraõiguslik juriidiline isik on allutatud, muudavad ta sõltuvaks avalikust võimust selliselt, et viimased suudavad mõjutada isiku riigihankelepingutega seotud otsuseid. Juhul kui eraõigusliku juriidilise isiku juhtimisreeglid on üksikasjalikult seaduses sätestatud, siis üksnes nende reeglite täitmise kontrollimine võib kaasa tuua avaliku sektori märkimisväärse mõju eraõigusliku juriidilise isiku üle. Samas, kui järelevalveasutus teostab üldist järelkontrolli eraõigusliku juriidilise isiku ülesannete täitmise seaduspärasuse üle, siis selline kontroll ei vasta kriteeriumi nõuetele, kuna ei võimalda avaliku võimu organil mõjutada eraõigusliku juriidilise isiku otsuseid hankemenetluses.

Eraõiguslikku juriidilist isikut ei saa avaliku sektori hankijaks nimetada pelgalt seetõttu, et isikut rahastab või juhtimist ja järelevalvet teostab avalik võim. Vaja on hinnata ka teist RHS § 5 lg 2 punktis 5 kehtestatud eeldust – eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärki.

Magistritöö kolmandas peatükis uurib autor eraõigusliku juriidilise isiku RHS § 5 lg 2 punktis 5 sätestatud teist eeldust – isiku asutamise eesmärki täita põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Direktiivi ja riigihangete seaduse sõnastuses esineb kaks erinevust. Nimelt kasutatakse direktiivis mõistet „üldine huvi“ (*general interest*) ning riigihangete seaduses mõistet „avalik huvi“. Euroopa Liidu õiguse ühetaolise kohaldamise vajadusest ning võrdsusprintsipiist lähtudes tuleb hankedirektiivi üheselt ja järjekindlalt tõlgendada. Seetõttu on Euroopa Kohus leidnud, et ka sellele mõistele tuleb anda autonoomne ja ühtne tõlgendus. Samas sisulist erinevust mainitud mõisted ei oma, seega autor on seisukohal, et vastuolu selle erinevusega ei kaasne.

Avalike huvidega seotud ülesanded on tavaliselt need ülesanded, mida täidetakse muul viisil kui turul saadaolevate kaupade ja teenustega ning mida riik on üldistest huvidest tulenevalt ise otsustanud täita või mille üle ta soovib säilitada valitsevat mõju. Siinjuures ei ole oluline, et eraõiguslikul juriidilisel isikul on vabadus tegeleda muude kõrvaliste ülesannetega, mis moodustavad enamuse selle isiku tegevusest, kui ta jätkab asutamise eesmärgiks olevate ülesannete täitmisega. Avalikes huvides tegutsemine võib tähendada ükskõik mis valdkonda, mida riik peab vajalikuks hõlmata avalikkuse hüvanguks. Näiteks on avalikes huvides täidetava ülesandega tegemist passide ja juhilubade trükiteenuse osutamisel; jäätmete käitlemisel; matuseteenuse korraldamisel; messide, näituste ja konverentside korraldamisel kaubandussuhete edendamiseks; investeringute kindlasse piirkonda ligimeelitamisel; elanike kaugküttega varustamisel; vanglate ehitamisel ja karistusõiguse poliitika elluviimisel; parvlaevateenuse osutamisel; turismi edendamisel; raudteeinfrastruktuuri majandamisel; hasartmängupoliitika elluviimisel.

Peale selle, et isik on asutatud eesmärgiga täita ülesannet avalikes huvides, ei tohi sellel tegevusel olla tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Peamiselt on oluline eristada avalikes huvides ülesannete täitmist ilma tööstusliku ja ärilise iseloomuta nendest avalikes huvides täidetavatest ülesannetest, mille puhul isikul esineb tööstuslik ja äriline iseloom. Tööstusliku ja ärilise iseloomu tuvastamine loob avaliku huvi mõistele alamkategoriat ning need on üksteisest lahutamatud tingimused.

Riigihangete seadus ei nõua, et isik peaks tegutsema üksnes avalikes huvides, oluline on, et avalikes huvides teostataval ülesandel ei oleks tööstuslikku ega ärilist iseloomu. Seega on vajalik eraõigusliku juriidilise isiku puhul hinnata, kas selle isiku täidetaval ülesandel on äriline eesmärk või tööstuslik iseloom. Kui isik täidab asutamise eesmärgiks olevat ülesannet küll avalikes huvides, aga sellel on tööstuslik või äriline iseloom, siis see isik ei kvalifitseeru hankijaks riigihangete seaduse kohaselt. Samas, kui eraõiguslik juriidiline isik tegutseb suuremas osas tööstuslikul või ärilisel eesmärgil, kuid täidab ka mõnda avalikes huvides ülesannet, kasvõi väga väheses osas võrreldes muu tegevusega, peab see isik ka nende muude äritegevuste teostamiseks vajalikke lepinguid sõlmima hankemenetluse raames, kuivõrd see isik on hankija.

Eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemise hindamisel tuleb arvesse võtta nii isiku asutamise eesmärgid kui ka need, mis on seotud isiku tegevusega. Seega on olulised nii

juriidilised kui ka faktilised asjaolud ning igal üksikjuhtumil tuleb eraldi hinnata, kas eraõiguslik juriidiline isik asutati konkreetselt eesmärgiga teenida avalikust huvist tulenevaid vajadusi ja kas see tegevus vastab tegelikult nendele vajadustele.

Eraõigusliku juriidilise isiku tööstuslik ja äriine iseloom suurel määral mitmetest tunnustustest, mis näitavad selle isiku osalemise põhjuseid asjaomasel kaubandusturul. Nii on vaja arvesse võtta, kas eraõiguslik juriidiline isik:

- tegutseb konkurentsitingimustes;
- tegutseb kasumi teenimise eesmärgil;
- kannab oma tegevusega seotud kahju.

Need tingimused ei oma üksi määravat jõudu, vaid tingimuste kombinatsioon viitab üldisele järeldusele, kas isik täidab ülesandeid avalikes huvides, mis ei ole pelgalt kaubanduslikud.

Konkurentsitingimustes toimub eraõigusliku juriidilise isiku tegevus äriistel kaalutlustel. Konkurentsitaseme hindamisel ja tegevuse tööstuse või kaubandusega seotuks lugemisel tuleb arvestada turgu, mille tarvis isik loodi. Konkurentsi olemasolu ei ole alati asjakohane küsimuses, kas avalik huvi on tööstusliku või ärilise iseloomuga. Näiteks ei tegutse eraõiguslik juriidiline isik konkurentsitingimustes, kui äriühingu tegevus hõlmab kaupade või teenuste pakkumist väga konkurentsivõimelisel turul, kuid sellele äriühingule on riik andnud asjaomasel turul monopoolse seisundi avalikes huvides ülesande täitmiseks.

Eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemise hindamisel on oluline ka isiku kasumi teenimise asjaolu. Nimelt ei muuda eraõigusliku juriidilise isiku avalikes huvides tegutsemisega kaasnev kasumi teenimine isiku tegevuse iseloomu. Kui tuvastatakse, et eraõigusliku juriidilise isiku asutamise eesmärk ei olnud tulu teenimine, kuigi isiku tegevusega kaasneb kasum, on eraõiguslik juriidiline isik hankija ning kohustatud alluma riigihangete läbiviimise kohustusele.

Avaliku huvi tööstusliku ja ärilise iseloomu hindamist mõjutab veel asjaolu, kas eraõiguslik juriidiline isik kannab ise oma majandustegevusega kaasnevaid riske. Kui eksisteerivad mehhanismid eraõigusliku juriidilise isiku majandusliku kahju korvamiseks, ei ole eelduslikult isiku avalikes huvides tegutsemisel tööstuslikku või ärist iseloomu. Tavapärastelt on eraõigusliku juriidilise isiku majanduslikud riskid maandatud avaliku võimu poolt siis, kui viimasel on kõrgendatud huvi, et isik osutaks teenust avalikes huvides järjepidevalt. Näiteks

võib avalik võim eraõigusliku juriidilise isiku riskid maandada, kui viimane osutab teenuseid riigi poliitika elluviimise eesmärgil.

Magistritöös jõudis autor järeldusele, et eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemine tugineb kriteeriumitele, mis sisaldavad peamiselt määratlemata õigusmõisteid. Nii peab eraõiguslik juriidiline isik tuvastama, kas teda „põhiliselt“ „rahastab“ või juhib või teostab järelvalvet avalik võim ning kas isik on asutatud eesmärgiga täita „põhi- või kõrvaltegevusena“ ülesannet „avalikes huvides“, millel ei ole „tööstuslikku ega ärilist iseloomu“. Selline regulatsioon raskendab eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemist ning seetõttu on tekitanud nii riigisisesele kui Euroopa Liidu üleselt palju kohtupraktikat. Euroopa Kohus on küll sisustanud eelnimetatud määratletamata õigusmõisteid, millele tugineb ka Eesti kohtupraktika, kuid selgeid juhiseid pole välja kujunenud, mistõttu peab iga üksikjuhtumil eraldi hindama, kas eraõiguslik juriidiline isik on hankija. Seega eeldatavalt lisandub kohtupraktikat veelgi eraõigusliku juriidilise isiku hankijaks määratlemise kriteeriumite sisustamise küsimuses.

Lisaks leiab autor, et kui eraõiguslik juriidiline isik kvalifitseerub hankijaks, on isikule kohalduv riigihanke õiguse regulatsioon üsna koormav, kuna riigihankemenetluse reeglitest kinnipidamise kohustus kitsendab isiku majandustegevust. Näiteks avalikes huvides teenuseid osutavad eraõiguslikud juriidilised isikud, kelle muude tegevuste osakaal on suurem, jäävad ilma oma tavapärasest vabadusest majandustegevuses ning on halvemas positsioonis võrreldes oma konkurentidega. Autori hinnangul oleks lahenduseks see, kui eraõiguslik juriidiline isik eraldaks avalikes huvides teenuste osutamise oma muust majandustegevusest, eelkõige asutades avalikes huvides täidetavate ülesannete jaoks eraldiseisva ühingu, mis ei alluks riigihanke õigusele.

A BODY GOVERNED BY PUBLIC LAW AS A CONTRACTING AUTHORITY WITHIN EUROPEAN UNION AND ESTONIAN PUBLIC PROCUREMENT LAW

Abstract

The Public Procurement Act provides for the possibility of bodies governed by public law participating in a procurement procedure as a contracting authority, if certain rules have been met. Insofar as a modern state uses many institutional forms for the fulfilment of its functions, it complicates drawing a line between public law agencies and private bodies. European Union Member States have used different approaches in distinguishing public law from private; however, European Union procurement directives still apply to all Member States in the same way. The Court of Justice of the European Union has stressed that the term "body governed by public law" has a common meaning in all European Union Member States, regardless of the national terminology. The purpose of the term "body governed by public law" is to comprise all units, which are not included in the traditional state apparatus, but are still largely dependent on the state.

The analysis of defining a body governed by public law as a contracting authority is one of the most complicated issues in public procurement law. The complexity results from the fact that although the law specifies the assumptions, based on which a body governed by public law should be considered a contracting authority, these assumptions contain undefined legal concepts. Accordingly, the established assumptions must be analysed each time, on a case by case basis. It follows from the need for uniform application of European Union law, and from the general principle of equality, that the procurement directive must be interpreted unambiguously and consistently. Based on that, the definitions shall be given an autonomous and uniform interpretation.

This Master's thesis focuses on defining the contracting authority, who is a body governed by public law within the meaning of the Estonian Public Procurement Act and European Union law. More specifically, the aim of the thesis is to establish who is the body governed by public law acting in the capacity of a contracting authority, set out in clause 5 (2) 5) of the Public

Procurement Act. For that, the author explains the two cumulative characteristics of the body governed by public law acting in the capacity of a contracting authority:

- the financing and the management and supervision criteria;
- and the criterion of the purpose of establishment of the body governed by public law, i.e. the content of the definitions of public interest and industrial and commercial character.

Relevant Estonian case law mainly analyses the differentiation between serving the public interest and the commercial goal of the body governed by public law acting in the capacity of a contracting authority. The financing and the management and supervision criterion of the body has been given less attention. The author finds that although the financing criterion of such a contracting authority may seem clear and simple, it has also proved to be complex. To be specific, a body governed by public law must be financed by the public authority within the extent and manner as set out in law. Yet, neither the Public Procurement Act nor the directive specify exactly the conditions of financing of such a body, which provides the basis for the incorrect interpretation of the provision.

In the first and second chapters of the Master's thesis, the author analyses the first assumption of a body governed by public law, stipulated in clause 5 (2) 5) of the Public Procurement Act – the financing and the management and supervision criterion. This involves the three alternative forms of “close dependency” on the contracting authority of a body governed by public law acting in the capacity of a contracting authority, i.e. dependency on the state, local government or other bodies governed by public law. These criteria demonstrate a close connection with the public authority, as they enable the latter to influence the decisions of the body governed by public law in a public procurement procedure.

The author reached the conclusion that the financing of a body governed by public law acting in the capacity of a contracting authority occurs when

- financing takes the form of awards or grants directly from state budget funds or indirectly from another state authority or contracting authority;
- state financing must comprise more than half of the total revenue of the body's financial year, i.e. more than 50%, and
- financing does not require specific consideration.

These are cumulative characteristics, i.e. all the above-mentioned conditions must be met simultaneously.

The revenues of a body governed by public law may be available from various sources and in order to correctly determine the percentage of financing by the public sector, all of the revenues of the body governed by public law must be taken into account, including revenue from business activity. However, the size of the financing of a body governed by public law originating from the public sector may change over time. In order to ensure legal certainty and transparency of a procurement procedure, the percentage of financing from public funds must be calculated on the basis of the figures available at the beginning of the budgetary year, even if they are only provisional. Calculations will be made for the financial year when the procurement procedure is commenced. Should any changes occur in financing during the procurement procedure, the requirements for a procurement procedure for a body governed by public law shall apply until the procurement procedure concerned has been completed.

Within the meaning of the Public Procurement Act, a body governed by public law is subject to management by a contracting authority, if it is managed by public authority within the extent of more than half of its members. The management criterion is related to the direct participation of state authorities and officials in the management of the body. The condition has been met, for example, if the government authority has established a body, whose articles of association and all amendments to the same must be approved by a minister; if the minister appoints the management of the body and determines their remuneration; if the minister must appoint an auditor and if the body must comply with the state policy and regulations of the minister.

The supervision criterion of a body governed by public law is fulfilled, if the body is supervised by a public authority within the extent of more than half of its members. The supervision criterion has a wider meaning and extends beyond the general control of the body's administrative and financial matters by the contracting authority. For the supervision criterion, it must be considered whether the controls, to which the body governed by public law is subordinated, makes it dependent on the public authority in such a way that the latter are able to influence their decisions in relation to public contracts. If the governance rules of a body governed by public law have been detailed in law, then merely verifying compliance to these rules may lead to significant influence by the public sector over the body governed by public law. At the same time, if the supervisory authority carries out a general review of legality over

the fulfilment of the functions by the body governed by public law, then such review does not comply with the requirements of the criterion, as it does not enable the public authority to influence the decisions of the body governed by public law in the procurement procedure.

A body governed by public law cannot be called a contracting authority solely because the body is financed or its management and supervision is performed by a public authority. It is also necessary to assess the other assumption laid down in clause 5 (2) 5) of the Public Procurement Act – the purpose of establishment of the body governed by public law.

In the third chapter of the Master's thesis, the author examines the second assumption of a body governed by public law stipulated in clause 5 (2) 5) of the Public Procurement Act – the purpose of establishment of the body of performing, as a principal or ancillary activity, in the public interest a function that does not have an industrial or commercial character. There are two differences in the wording of the directive and the Public Procurement Act. Namely, the directive uses the term “general interest” and the Public Procurement Act the term “public interest”. It follows from the need for uniform application of European Union law, and from the general principle of equality, that the procurement directive must be interpreted unambiguously and consistently. Therefore, the Court of Justice of the European Union has stated that this term must be given an autonomous and uniform interpretation. At the same time, there is no substantial difference between these terms. Accordingly, the author believes that this difference does not involve any contradiction.

As a rule, the functions related to the public interest are those which are performed in a manner other than with the goods and services available on the market and which the state has decided to perform itself due to general interest or over which it wishes to maintain dominant influence. At the same time, it is not relevant whether the body governed by public law has the freedom to pursue ancillary activities, which form the majority of the activities of such a body, if it continues to perform the functions that serve as the purpose of its establishment. Acting in the public interest can mean any field which the state deems necessary to cover for the public good. For example, the provision of the printing service for passports and driving licenses, waste management, provision of funeral services, organisation of fairs, exhibitions and conferences to promote trade relations, attracting investments to a specific region, the provision of district heating to residents, construction of prisons and implementation of the policy of penal law,

provision of ferry service, tourism promotion, management of railway infrastructure, carrying out of the gaming policy, are all examples of functions carried out in the public interest.

Besides the fact that a body was established for the purpose of performing a function in the public interest, this activity may not have an industrial or commercial character. Basically, it is important to distinguish between the performance of functions in the public interest without an industrial or commercial character and those functions performed in the public interest, where the body has industrial or commercial character. Identification of the industrial and commercial character creates a sub-category for the term of “public interest” and these are inseparably linked conditions.

The Public Procurement Act does not require a body to act only in the public interest; rather, it is important that the function performed in the public interest has no industrial or commercial character. Accordingly, for a body governed by public law it must be assessed whether the function performed by this body has an industrial or commercial character. If the body performs a function serving as the purpose of establishment in the public interest, but it has industrial or commercial character, then the body does not qualify as a contracting authority for the purposes of the Public Procurement Act. At the same time, if the body governed by public law acts for the most part for the industrial or commercial purposes, but also performs some functions in the public interest, even within a very small extent compared to other activity, this body shall also be required to conclude contracts necessary for the performance of these other business operations, since the body is a contracting authority.

When assessing the determination of a body governed by public law as a contracting authority, one must consider both the purpose governing the establishment of the body as well as those that are related to the activity of the body. Accordingly, both, the legal and factual circumstances are important, and it must be assessed separately for each single case, whether the body governed by public law was established for the specific purpose of meeting needs arising from the public interest and whether that activity actually meets those needs.

The industrial and commercial character of a body governed by public law depends to a large extent of several characteristics, which show the reasons why that body is participating in the commercial market concerned. So, it is necessary to consider whether the body governed by public law:

- operates in normal market conditions;
- aims to make a profit;
- bears the losses associated with the exercise of its activity.

These conditions alone do not have decisive power; however, the combination of the conditions refers to a general conclusion on whether or not the body performs the functions in the public interest, which are not merely commercial.

Under normal market conditions, the activity of a body governed by public law is carried out under commercial considerations. When assessing the level of competition and connection of the activity with industry or commerce, one must consider the market for which the body was established. The existence of competition is not always relevant when it comes to deciding whether the public interest has an industrial or commercial character. For example, a body governed by public law does not operate under normal market conditions, when the activity of the company involves the supplying of goods or services on a highly competitive market, although the state has granted a monopoly to this company on the relevant market for the performance of a function in the public interest.

In the assessment of defining a body governed by public law as a contracting authority, the fact of making a profit by the body is also important. Namely, the profit of a body governed by public law acting in the public interest does not alter the nature of the body's activities. If it is ascertained that the establishment of a body governed by public law was not intended to generate income, even though the activity of the body entails a profit, a body governed by public law is required to comply with the obligation to carry out public procurement.

The assessment of the industrial and commercial character of the public interest is further affected by the fact that a body governed by public law bears the risks and losses inherent in its economic activities. Where a public scheme exists to compensate for the economic loss of a body governed by public law, the body's actions in the public interest by presumption have no industrial or commercial purpose.

LÜHENDID

AS - aktsiaselts

BBC – British Broadcasting Corporation

Ente Fiera - Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano,

MTÜ - mittetulundusühing

MTÜS – mittetulundusühingute seadus

OÜ - osaühing

RHS – riigihangete seadus

SIEPSA - Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S. A

VAKO – riigihangete vaidluskomisjon

VLRD - Vilniaus lokomotyvų remonto depas“ UAB

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Kasutatud kirjandus

1. A. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An introduction, University of Nottingham, July 2010, lk 88. – arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public-procurement-law-an-introduction.aspx>
2. A. Arrowsmith. The Law of Public and Utilities Procurement. Sweet & Maxwell 2005;
3. A. Tvaronaviciene. The conspet of contracting authority under public procurement law and problems of aquisition of such status in national law of the Republif of Lithuania. European Scientific Journal, May 2014, vol. 10. No. 14, lk 57-58 – arvutivõrgus: <https://eujournal.org/index.php/esj/article/viewFile/3391/3155>
4. A. Brown. A note on Case C-380/98, R. v H.M. Treasury ex p. University of Cambridge. Public Procurement Law Review 2001/1;
5. A. Brown. Cases C-223/99 and C-260/99: the definition of contracting authorities and of needs in the general interest that lack a commercial character. Public Procurement Law Review, 2001, 5, NA107-109;
6. A. brown. Wheather a publicly owned property developer is a “contracting authority”: a note on case C-18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen OY v Varkauden Taitotalo Oy. Public Procurement Law Review, 2003, 6, NA139-143;
7. A. Brown. Whether German public broadcasters are financed for the most part by the State so as to fall within the EU procurement Directives: Bayerischer Rundfunk (C- 337/06). - Public Procurement Law Review 2008/4;
8. C. H. Bovis. EU Public Procurement Law. Second Edition. Elgar European Law. 2012, Edward Elgar Publishing Limited;
9. C. H. Bovis. Public Procurement, State Aid and Services of General Economic Intest – arvutivõrgus kättesaadav: www.era-comm.eu/uncrpd/kiosk/speakers_contributions/111DV67/Bovis_paper.pdf
10. D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014;
11. I. Teder. Õiguskantsleri teade menetluse lõpetamise kohta. Kodanikualgatuslikud ühingud kui hankijad riigihangete seaduse mõttes. - Arvutivõrgus: <http://www.ngo.ee/sites/default/files/files/%C3%95iguskantsleri%20vastus%20menetluse%20l%C3%B5petamisest.pdf>

12. K. Härginen, V. Vaske, C. Ginter. Eraõigusliku juriidilise isiku hankijana määratlemine. – Juridica 4/2018, lk 234-235;
13. M. Steinicke, P. L. Vesterdorf. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. C. H. Beck, Hart, Nomos, 2018;
14. N. Parrest. Segadus mõistetes seoses avaliku võimu ülesannetega. Juridica, 10/2014;
15. P.-A. Trepte. Public Procurement in the EU. A practitioner's Guide. Second Edition. Oxford University Press 2007;
16. Public Procurement Training for IPA Beneficiaries. Sigma. OECD, 2015. – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.sigmaweb.org/publications/Module-D-%202015-clean.pdf>
17. Public Procurement Training for IPA Beneficiaries. Sigma. OECD, 2015, lk 6. – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.sigmaweb.org/publications/46189707.pdf>
18. Riigihangete juhised. Rahandusministeerium, 2014. – arvutivõrgus kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/1._riigihangete_juhis.pdf
19. Riigihangete juhised. Rahandusministeerium, 2017.
20. Riigikontrolli aruanne Riigikogule, 05.02.2019;
21. S. Volf. Eraõiguslik juriidiline isik hankijana riigihangete seaduse tähenduses. Magistritöö. Tartu Ülikool 2013;
22. Riigihangete seaduse eelnõu 450 SE seletuskiri;

Kasutatud normatiivmaterjal

23. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-62;
24. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (edaspidi nimetatud direktiiv). – ELT L 94, 28.03.2014, lk 65-242;
25. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 243-374;

26. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööd ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. – ELT L 216, 20.08.2009, lk 76-136;
27. Euroopa Nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamiseks kohta. – ELT L 395, 30.12.1989, lk 33-35;
28. Euroopa Nõukogu direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kohaldamise kohta. – ELT L 76, 23.03.1992, lk 14-20;
29. Konkurentsiseadus, RT I, 13.03.2019, 92;
30. Mittetulundusühingute seadus – RT I, 19.03.2019, 24;
31. Riigihangete seadus - RT I, 13.03.2019, 145;
32. Sihtasutuste seadus – RT I, 09.05.2017, 34;
33. Äriseadustik – RT I, 28.02.2019, 10;

Kasutatud kohtupraktika

34. Euroopa Kohtu otsus C-44/96, *Mannesmann*;
35. Euroopa Kohus C-44/96, *Mannessmann*, kohtujuristi P. Léger ettepanek;
36. Euroopa Kohtu otsus C-360/96, *BFI Holding*;
37. Euroopa Kohtu otsus C-380/98, *University of Cambridge*;
38. Euroopa Kohtu otsus C-380/98, *University of Cambridge*, kohtujuristi Alber ettepanek;
39. Euroopa Kohtu otsus liidetud kohtuasjades C-223/99 ja C-260/99, *Agorà ja Excelsior*;
40. Euroopa Kohtu otsus C-237/99, *Commission vs France*;
41. Euroopa Kohtu otsus C-237/99, *Commission vs France*, kohtujuristi Mischo ettepanek;
42. Euroopa Kohtu otsus C-470/99, *Universale-Bau*;
43. Euroopa Kohtu otsus C-373/00, *Adolf Truley*;
44. Euroopa Kohtu otsus C-283/00, *SIEPSA*;
45. Euroopa Kohtu otsus C-18/01, *Korhonen*;
46. Euroopa Kohtu otsus C-18/01, *Korhonen*, kohtujuristi Alber ettepanek;

47. Euroopa Kohtu liidetud otsused C-147/06 ja C-148/06, *SECAP ja Santorso*;
48. Euroopa Kohtu otsus C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*;
49. Euroopa Kohtu otsus C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, kohtujuristi D. R.-J. Colomer ettepanek;
50. Euroopa Kohtu otsus C-393/06, *Ing. Aigner*;
51. Euroopa Kohtu otsus C-393/06, *Ing. Aigner*, kohtujuristi D. R.-J. Colomer ettepanek;
52. Euroopa Kohtu otsus C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*;
53. Euroopa Kohtu otsus C-305/08, *CoNISM a vs Regione Marche*;
54. Euroopa Kohtu otsus C-526/11, *IVD vs Ärztekammer*;
55. Euroopa Kohtu otsus C-526/11, *IVD vs Ärztekammer*, kohtujuristi P. Mengozzi ettepanek;
56. Euroopa Kohtu otsus C-567/15, „*LitSpecMet*“;
57. Euroopa Kohtu otsus C-567/15, „*LitSpecMet*“, kohtujuristi M. C.-S.-Bordona ettepanek;
58. RKTko 3-3-1-57-10;
59. RKHKo 3-3-1-43-13;
60. RKTko 3-3-1-96-16;
61. TlnRnKo 3-16-750;
62. TlnRnKo 2-09-2668;
63. TlnHKo 3-16-750;
64. TrtHKo 3-15-370;
65. TlnHKo 3-09-2668;
66. VAKO, 13.07.2018,138-18/-, *MTÜ Balti Uuringute Instituut*;
67. VAKO, 27.04.2017, 57-17/184454, *SQUALIO Cloud Consulting SIA*;
68. VAKO, 02.07.2014,153-14/151393, *AS Uikala Prügila*;
69. VAKO, 11.10.2013,224-13/145671, *AS E.R.S*;
70. VAKO, 22.06.2011, 87/11-, *AS Tallinna Sadam*.

Muud allikad

71. A. Kangust. Kuidas kajastada ühenduste tulusid ja kulusid? Äripäev, Raamatupidaja.ee;
72. Euroopa Liidu Infokeskus – arvutivõrgus kättesaadav: <https://elik.nlib.ee/pohifakte-euroopa-liidust/liikmesriigid-euroopa-majanduspiirkonna-riigid/> ;
73. Legal Dictionary - arvutivõrgus kättesaadav: <https://legaldictionary.net/consideration/> ;

- 74. M. Sõrm an M. Vainola. Tallinn, 17.04.2019. Hankija määratlus;
- 75. M. Sõrm an M. Vainola. Tallinn, 17.04.2019. Nõustamispäring riigihangete seaduse kohta;
- 76. M. Sõrm an M. Vainola. Tallinn, 17.04.2019. Vastus;

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Marite Vainola,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

Eraõiguslik juriidiline isik kui avaliku sektori hankija Euroopa Liidu ja Eesti riigihanke õiguses,

mille juhendaja on *dr. iur* Mari Ann Simovart;

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **30.04.2019**